

Dictamen núm. 79/2017, relativo al Anteproyecto de Ley de Vivienda de las Illes Balears*

I. ANTECEDENTES

1. El Director general de Arquitectura y Vivienda informó, el 18 de abril de 2016, sobre la necesidad de aprobar una Ley de Vivienda de las Illes Balears, basada en la conveniencia de contar con un marco legal adecuado capaz de contribuir a la mejora generalizada de la calidad de las viviendas y de las garantías de su acceso. Resumía la finalidad de dicha propuesta en los siguientes términos:

a) Fijar el régimen jurídico de la vivienda en general y de la vivienda protegida, con la finalidad de reforzar la acción pública para garantizar la función social.

b) Establecer las potestades que tiene la administración respecto de la vivienda protegida, concretamente la posibilidad de ejercer el derecho de tanteo y retracto, el desahucio y la expropiación forzosa, siempre que haya unas condiciones determinadas que garanticen la seguridad en estos procedimientos.

c) Regular un régimen sancionador para garantizar en todo el territorio de la Comunidad Autónoma el cumplimiento de la función social de la vivienda protegida. También se regula con carácter inmediato una tipificación de infracciones y las sanciones correspondientes.

d) Fijar la regulación de las viviendas desocupadas, así como garantizar el derecho a la vivienda a través de una intervención administrativa en procesos de ejecución hipotecaria y desahucio por impago de la renta, de manera que se implica a las entidades financieras y a sus sociedades de gestión inmobiliaria, así como a la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA para dar una solución a este problema.

e) Establecer el régimen de fianzas de arrendamientos, regulando la obligación del depósito de fianza y creando el Registro de Fianzas de Contratos de Arrendamientos, en el que se han de depositar las fianzas de los contratos de arrendamientos de viviendas, locales de negocio y de suministros o servicios complementarios.

2. El Consejero de Territorio, Energía y Movilidad resolvió, el 29 de abril de 2016, iniciar el procedimiento para la elaboración del Anteproyecto de ley y designar al Director General de Arquitectura y Vivienda como órgano responsable de su tramitación.

3. El 14 de noviembre de 2016, el Director General instructor emitió una memoria

* Ponencia de la Hble. Sra. Dña. María de los Ángeles Berrocal Vela, consejera.

económica al respecto en la que se concluía que de la ley no se iba a derivar ningún tipo de coste económico directamente puesto que los preceptos que, en su caso, podrían suponer un impacto económico, hacen una remisión expresa a su posterior desarrollo reglamentario que será el que lo determine en cada caso.

Asimismo informaba que la dotación del personal oportuno para la puesta en marcha inicial del nuevo cuerpo de inspección en materia de vivienda y el servicio de acompañamiento a la ciudadanía en materia de vivienda se ha determinar inicialmente en dos técnicos y dos administrativos. De acuerdo con las tablas salariales vigentes, este coste supondría un incremento de 160.000 euros anuales.

Por otra parte, y en relación con el programa de ayudas de rehabilitación por viviendas y los programas de ayudas de alquiler que contempla la ley ya están en marcha por lo que su inclusión en la futura ley no ha de suponer ningún incremento.

Respecto a las cargas administrativas, se remitía a las que en su día se pudieran informar, a propósito del procedimiento de elaboración de los reglamentos que se tramiten en desarrollo de la ley.

4. A continuación se incorpora al expediente el primer borrador de la Ley de Vivienda de las Illes Balears.

5. Previa resolución del Consejero competente, de 30 de noviembre de 2016, el Anteproyecto de ley se sometió al trámite de información pública insertándose en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* nº 153, de 6 de diciembre de 2016.

6. Igualmente, y mediante la misma resolución, el Consejero ordenó su inserción en la página web de participación ciudadana. Transcurrido el plazo otorgado para ello, el 10 de enero de 2017, la Jefa del Servicio de la Dirección General de Participación y Transparencia de la Consejería de Transparencia, Cultura y Deportes informó que se habían registrado un total de 351 visitas al proyecto. Sin embargo, el 17 de enero siguiente, la misma Jefa de Servicio informó nuevamente al respecto advirtiendo que, como consecuencia de un error advertido en la primera publicación, se consideraba necesario volver a publicar en la página web de participación ciudadana el Anteproyecto. Así, el texto estuvo insertado en la misma desde el 11 de enero de 2017 hasta el 17 de enero de 2017. Informó que en esta segunda participación se registraron 569 visitas.

7. El texto fue remitido a las secretarías generales de las Consejerías de la Administración de las Illes Balears así como a la Consejera de Hacienda y Administraciones Públicas específicamente, al *Institut Balear de la Joventut* y al *Instituto Balear de la Dona* y al Subdirector General de Política y Ayudas a la Vivienda del Ministerio de Fomento.

Manifestaron expresamente no presentar ninguna observación la consejería de Educación y Universidad y la Consejería de Servicios Sociales y Cooperación,

En cambio, presentaron recomendaciones la Consejería de Trabajo, Comercio e Industria; la de Salud; la de Hacienda y Administraciones Públicas; la de Innovación, Investigación y Turismo; la de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca; y la Consejería de Presidencia.

8. El texto también fue remitido para la presentación de alegaciones a las entidades que constan en el expediente.

9. También se remitió a la Federación de Entidades Locales de las Illes Balears (FELIB), a los Consejos Insulares de Formentera, Eivissa, Menorca y al de Mallorca; así como a los Ayuntamientos de las Illes Balears. Durante la fase de tramitación de las entidades territoriales de las Illes Balears presentaron alegaciones la FELIB, el Consejo Insular de Mallorca, el de Menorca, el de Eivissa, así como los Ayuntamientos de Alcudia, Calvià, Sant Joan de Labritja, Es Mercadal y Santa Eulalia des Riu.

10. En la fase de audiencia y participación se presentó un gran número de alegaciones, tanto por parte de diversos particulares (muchos de ellos por correo electrónico), personas jurídicas y entidades como la sociedad. Constan todas ellas en el expediente.

11. Previa petición por parte del órgano instructor, se emitió el 5 de mayo de 2017 el informe de impacto de género, en el sentido de que no se ha detectado la existencia de ninguna desigualdad por razón de género, si bien se señalaban algunas recomendaciones de mejora del texto.

12. El 5 de mayo de 2017 el Director General de Arquitectura y Vivienda emitió un informe sobre valoración de las alegaciones, recomendaciones y observaciones. Como consecuencia de la aceptación de algunas de ellas, se redactó nuevamente el texto del Anteproyecto de ley, que consta en el expediente a continuación de dicho informe.

13. En la misma fecha, el Director General informó sobre las recomendaciones realizadas por el Instituto Balear de la Mujer y realizó el análisis del impacto normativo del citado Anteproyecto de ley, incorporando:

— La justificación de la oportunidad de la regulación

— El informe de impacto económico y presupuestario en el sentido de que la ley no ha de implicar ningún impacto en este sentido debiéndose de esperar a los diferentes reglamentos de desarrollo para su cuantificación. Igualmente indicaba que el programa de ayudas de rehabilitación por vivienda y los programas de ayudas de alquiler que contempla la ley ya están, de hecho, en funcionamiento, por lo que su inclusión en la futura ley no ha de suponer ningún coste adicional.

— El estudio de cargas administrativas, concluyéndose que la norma no tendrá ninguna incidencia en este ámbito y remitiéndose nuevamente a la normativa reglamentaria de desarrollo.

— Marco normativo, disposiciones afectadas y tabla de vigencias de disposiciones anteriores.

— Justificación de la realización del trámite de participación ciudadana.

— Justificación de haber solicitado el informe por razón de género.

— Informe de ausencia de impacto de la norma sobre la familia, la adolescencia y la infancia.

— Informe sobre ausencia de impacto de género y en la orientación sexual.

— Informe de justificación de adecuación del Anteproyecto a los principios de la Ley de Economía Sostenible 2/2011, de 4 de marzo.

— Necesidad de solicitar dictamen al Consell Consultiu de las Illes Balears por considerar que el Anteproyecto de ley responde a una previsión expresa del Estatuto de Autonomía, en relación con el artículo 18.2 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

— Justificación de la ausencia de dictamen al Consejo Económico y Social.

— Justificación de la ausencia de los informes exigidos en el artículo 36.1 (letras *a* y *b*) de la Ley del Gobierno de las Illes Balears 4/2001, de 14 de marzo, dado que la regulación proyectada no introduce un silencio administrativo con efecto desestimatorio ni establece un régimen de autorización administrativa para actividades previstas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

14. Con posterioridad a dicho trámite se elaboró una nueva memoria de análisis del Anteproyecto, ampliándose, entre otros aspectos, el informe económico al estudio del impacto socio-económico sobre ciudadanos y empresas y ampliándose también el estudio de cargas administrativas. En esta nueva memoria se informaba que el 23 de noviembre de 2016 se había reunido la Mesa de la Vivienda de las Illes Balears para informar sobre el Anteproyecto de ley de referencia.

15. El 7 de junio de 2017, el Jefe del Departamento de la Dirección General de Relaciones con el Parlamento, a la que se le había remitido el texto del Anteproyecto y el expediente sobre su tramitación, elaboró un informe al amparo de lo dispuesto en la regla 14ª de las Instrucciones sobre el procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno. En este informe se concluía que el texto se adecua a las reglas de técnica normativa y a las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de diciembre de 2000. Así también concluía respecto a la regularidad de la tramitación de la iniciativa legislativa aunque advertía que el informe no se pronuncia sobre cuestiones de oportunidad ni sobre su adecuación o no al orden constitucional o estatutario de

distribución de competencias.

16. Mediante oficio de la Presidenta de las Illes Balears de 9 de junio de 2017 (registro de entrada en nuestra sede del día 12 siguiente) se solicitó dictamen al Consejo Consultivo, a petición del Consejero de Territorio, Energía y Movilidad y ello en aplicación del artículo 18.2 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, que dispone la consulta preceptiva del superior órgano de consulta en los anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno en cumplimiento de las previsiones expresamente establecidas en el Estatuto de Autonomía, a excepción de la ley de presupuestos.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

Legitimación y carácter de la consulta

El Consejero de Territorio, Energía y Movilidad fundamenta que el dictamen es preceptivo, a la vista de lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto de Autonomía que, tras reconocer el derecho de los ciudadanos de las Illes Balears al acceso a una vivienda digna, prevé una ley que regule la promoción de dicho derecho, en los términos siguientes:

Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas.

Sin embargo, este Consejo Consultivo considera que el carácter preceptivo del dictamen deriva y se concreta en la regulación que se contiene en el Título IV del Anteproyecto de las medidas de protección de dicho derecho, debiendo advertir que se echa en falta que el Anteproyecto no contenga una regulación específica para los concretos colectivos que menciona el segundo inciso del artículo 22 del EAIB.

El resto del Anteproyecto no tiene, en opinión de este Consejo Consultivo de las Illes Balears, el carácter de ley estatutaria y, por tanto, podrá ser modificada sin intervención preceptiva de este órgano de consulta. Por lo que —salvo el contenido del citado Título IV— el dictamen relativo al resto de la norma se emite con carácter facultativo.

En cualquier caso, se halla legitimada la Presidenta de las Illes Balears para solicitar dictamen al Consejo Consultivo de las Illes Balears de acuerdo con el artículo 21 a) de la Ley 5/2010, de 16 de junio y el artículo 18.2 y el 19.b:

— El artículo 18.2 dispone la consulta preceptiva del superior órgano de consulta en los anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno en cumplimiento de las previsiones expresamente establecidas en el Estatuto de Autonomía, a excepción de la ley de presupuestos.

— El artículo 19.*b* establece que con carácter facultativo se puede pedir dictamen al Consejo Consultivo en el resto de anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno, diferentes de los de consulta preceptiva.

Segunda

Procedimiento

En la tramitación del procedimiento —y tal como se enumera en los antecedentes relacionados en este dictamen— se han observado básicamente las exigencias derivadas del artículo 36 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, (relativo al procedimiento de la iniciativa legislativa), de los artículos 13 y 42 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, (en cuanto a la «memoria del análisis del impacto normativo») y de la Instrucciones generales sobre el procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa, aprobadas por el Consejo de Gobierno en sesión de 21 de diciembre de 2004, no siendo de aplicación, por razones cronológicas, el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En la memoria de impacto normativo se justifica la ausencia de los informes exigidos en el artículo 36.1 (letras *a* y *b*) de la Ley del Gobierno de las Illes Balears 4/2001, de 14 de marzo, dado que la regulación proyectada no introduce un silencio administrativo con efecto desestimatorio ni establece un régimen de autorización administrativa para actividades previstas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Sin embargo, se entiende que la ausencia no está justificada desde el momento en que el art. 63 del Anteproyecto establece como régimen general el silencio negativo en materia de vivienda protegida, lo que exige, en consecuencia, la emisión del informe de la letra *a* de dicho artículo 63.

Por otra parte, y en cuanto a la memoria económica, es necesario traer a colación la reiterada doctrina de este órgano consultivo (por todos, Dictamen 74/2014) en cuanto a la exigencia de que la misma esté bien razonada y suficientemente argumentada, doctrina que se resume en las siguientes consideraciones:

a) El estudio económico es un trámite preceptivo y esencial en la elaboración de cualquier norma que tenga implicaciones económicas, incluso cuando se trate de aspectos no cuantificables.

b) El estudio económico debe mostrar y analizar los efectos económicos en los destinatarios de la norma, efectos que pueden ser más o menos beneficiosos y más o menos cuantificables. El análisis requiere aquí valorar los aspectos económicos de la norma.

c) El coste público y la repercusión presupuestaria son dos de los aspectos que se han de

valorar.

d) El Estudio económico no sólo debe referirse a la perspectiva presupuestaria de la norma sino que ha de tener en cuenta y ha de valorar el posible impacto socioeconómico derivado de su aprobación.

En este sentido, el análisis del coste público, de financiación, de ingresos y gastos del presupuesto es sólo una parte de este estudio económico. El estudio económico va más allá del coste presupuestario de la norma y debe reflejar la repercusión económica y social de la misma sobre el sector o la actividad que regula.

A título de ejemplo, en el Dictamen 2/2014, sobre el Proyecto de orden por la que se aprobaba el expediente técnico de la indicación geográfica Hierbas de Mallorca/Herbes de Mallorca, el Consejo Consultivo recordó la importancia de contar con dicho análisis:

[...] l'Ordre en projecte és una norma que té incidència en un àmbit del sector d'empreses o indústries agroalimentàries, com és el de l'elaboració de begudes espirituoses. És molt possible pensar i valorar els efectes (beneficiosos o no, amb incidència pública o no) de la norma projectada. Dit d'una altra manera, correspon als òrgans responsables d'elaborar projectes normatius esbrinar, descriure i valorar els punts de la norma que tenen incidència econòmica en la societat destinatària. L'anàlisi de cost públic, de finançament, d'ingressos o de despeses del pressupost públic és una part d'aquest estudi econòmic. La repercussió econòmica de la normativa és a la base de les normes de simplificació administrativa i de millora qualitativa de la regulació per afavorir la productivitat, el creixement, la creació d'empreses, la facilitació de la sortida d'emprenedors. En aquest context, cal insistir, com dèiem en el Dictamen 130/2013, que s'ha d'exigir rigor i cautela en l'elaboració de les disposicions administratives generals, tal com s'ha establert en les normes rectores de procediment.

Pues bien, es evidente que dicha doctrina debe ser extensiva al supuesto ahora analizado, tratándose además de un Anteproyecto de Ley con una clarísima repercusión social, y que prevé la creación de órganos y registros y la puesta en marcha de procedimientos cuya cuantificación no puede dejarse completamente para su posterior desarrollo reglamentario. Por ello, este Consejo Consultivo considera que la memoria económica que se ha incorporado en el expediente, incluso con la complementaria que se elaboró posteriormente, resulta insuficiente a estos efectos sin que sea admisible que la memoria se remita a los reglamentos de desarrollo para su cuantificación y determinación.

Por lo que se refiere al estudio de cargas administrativas, y a la vista nuevamente del informe que forma parte del expediente, este Consejo Consultivo considera que también resulta insuficiente precisamente por las cargas que se deducen del propia Anteproyecto y que no han sido suficientemente valoradas en el informe incorporado en el expediente. La importancia del informe de cargas ha sido siempre resaltada por esta institución (por todos, ver la consideración jurídica segunda del Dictamen 116/2015). Aunque en el informe de impacto normativo se ha realizado un estudio de las cargas administrativas, incluidas las de carácter económico que supondrán para todos los afectados por la

norma, sin embargo, consideramos que el estudio no es suficiente para dar cumplimiento al Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de marzo de 2012 y ello por afectar la norma proyectada a personas físicas y jurídicas y no haber analizado el impacto que todas las medidas previstas en el Anteproyecto van a tener sobre ellos. Por tanto, deberá completarse el informe de cargas administrativas.

En el Dictamen del Consejo de Estado 419/2009, ya se hacía especial referencia a la necesidad de la mejora de la calidad de las normas —*better regulation*— señalando que constituye una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años debido al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo.

En este sentido, la Comisión Europea, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma. Así, se han venido aprobando en los últimos años un conjunto de medidas para impulsar la mejora de la regulación y la actuación de la Administración con la finalidad última de que la memoria del análisis de impacto normativo garantice que se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para los destinatarios y agentes, motivando su necesidad y oportunidad, valorando las diferentes alternativas existentes para conseguir los fines buscados y analizando las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de su aplicación, advirtiendo y poniendo una especial atención en que la valoración del impacto económico de las propuestas se realice en su más amplio sentido y no el circunscrito al ámbito presupuestario; a la adecuación de los proyectos al orden constitucional de distribución de competencias; a la identificación de los objetivos de la propuesta; al análisis de las alternativas existentes; a la información sobre las consultas realizadas a los agentes afectados:

No es objetable que, a la hora de valorar el impacto económico y presupuestario, se preste atención —especial atención dice el proyecto— a la identificación de los efectos sobre la competencia en el mercado de las normas que se pretende aprobar. Ahora bien, dicho eventual impacto, con ser relevante, no lo es más que el que se puede producir en otros ámbitos —medioambiental, de seguridad social, etc.— y no existen razones especiales que aconsejen incluir previsiones pormenorizadas en relación con él y distintas de las predicables de esos otros ámbitos.

Además, debe señalarse que el citado apartado 3 *a* no contempla que, en ocasiones, por exigencias del derecho comunitario e internacional, hay políticas públicas donde la elaboración de normas no se rige por el estricto criterio del coste-beneficio. A veces, dicho criterio se ve modulado —o incluso sustituido— por el de análisis y evaluación de riesgos o por el denominado principio de precaución. Con la aplicación de estos últimos criterios en el sistema de evaluación del impacto normativo se pretende corregir determinadas conclusiones de la evaluación de coste-beneficio. El propio Libro Blanco antes citado (COM (2001/727) así lo afirma con toda claridad cuando articula las

técnicas para una mejor regulación y la Comunidad Europea lo viene aplicando con regularidad cuando se trata de normas que afectan a determinados sectores específico.

Tercera

Marco normativo

Por lo que al análisis del contenido del anteproyecto de ley objeto de dictamen, resulta obligado determinar el marco normativo en el que se integra, y que es:

a) En el ámbito estatal

— El artículo 47 de la Constitución recoge, como uno de los principios rectores de la política social y económica, el derecho de todos los ciudadanos a disponer de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, añadiendo que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos. En garantía del cumplimiento de este derecho, el apartado 3 del artículo 53 de la Constitución establece la obligación, para todos los poderes públicos, de promover las condiciones necesarias y el mandato de que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios recogidos en el Capítulo III del Título informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

— El artículo 148.1 de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

[...]

3ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

— El artículo 149.1 de la Constitución dispone que:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

[...]

6ª. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones

contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

[...]

13ª Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

— Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en la redacción dada por el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

— Legislación de Arrendamientos Urbanos.

b) *En el ámbito autonómico:*

— El Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 1 de marzo, dispone, en su artículo 12, dedicado a los *principios rectores de la actividad pública*, que las instituciones propias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, para cumplir las finalidades que les son propias y en el marco de las competencias que les atribuye este Estatuto, deben promover, como principios rectores de la política económica y social, el desarrollo sostenible encaminado a la plena ocupación, la cohesión social y el progreso científico y técnico de manera que asegure a toda la ciudadanía el acceso a los servicios públicos y el derecho a la salud, la educación, la vivienda, la protección social, el ocio y la cultura.

— El artículo 22 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, recoge el *derecho de acceso a una vivienda digna*, en los términos siguientes:

Las Administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso estén justificadas las ayudas.

— El artículo 30 del mencionado Estatuto asume, respecto de las materias que enumera y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, entre las que se recoge, en el apartado 3.3, la relativa a ordenación del territorio, incluyendo el litoral, el urbanismo y la vivienda.

— El artículo 70.1 dispone, como competencia propia de los Consejos Insulares, la de “urbanismo y habitabilidad”.

— Ley 5/2008, de 14 de mayo, de actuaciones urgentes destinadas a la obtención de suelo para viviendas de protección pública.

Cuarta

Alcance del dictamen del Consejo Consultivo

Como hemos dicho en anteriores dictámenes (53/2009, 43/2013 y 14/2014 y, más recientemente, en el 62/2016), antes de entrar en el estudio del Anteproyecto de Ley sometido a dictamen, el Consejo Consultivo debe reiterar su doctrina sobre el ámbito de actuación de la función consultiva que le corresponde ejercitar cuando la norma objeto de estudio tiene rango legal.

En estos casos, su participación en el procedimiento no debe limitarse al análisis sobre la constitucionalidad de la ley, sino que debe tener por objeto su mejora y enriquecimiento, sin interferir en las competencias del Gobierno y del Parlamento; por tanto, cuando de normas con rango de Ley se trata, el Consejo Consultivo no sólo emite su juicio técnico-jurídico sobre la conformidad del objeto del dictamen con la Constitución y el Estatuto, sino que, aun teniendo presente que el Consejo no puede adoptar, en el ejercicio de esta facultad, posiciones políticas sobre el proyecto — extremos que corresponden exclusivamente al Gobierno y, en último caso, al Parlamento de las Illes Balears—, puede en cambio mostrar diferentes opciones sobre la oportunidad y conveniencia en el asunto que le ha sido sometido a consulta para que aquéllos cuenten con suficientes elementos que le faciliten la decisión, entendiendo que el conjunto de valoraciones, tanto jurídicas como de oportunidad, no comportan una interferencia en las funciones del Gobierno.

Quinta

Análisis del Anteproyecto

El Anteproyecto sometido a consulta se estructura en 9 Títulos, 7 Disposiciones Adicionales, 2 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria y 3 Disposiciones Finales.

a) El *Título I*, bajo la rúbrica “*Disposiciones Generales*”, comprende los artículos 1 a 5, en los que se regula:

— En el artículo 1, el *objeto* del Anteproyecto, que se delimita del siguiente modo:

Artículo 1.

Objeto

Esta Ley tiene como objeto hacer efectivo, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el derecho de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible reconocido en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, de acuerdo con los estándares del derecho internacional de derechos humanos.

— El artículo 2 recoge los “*principios rectores*” de la política de vivienda de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, enumerando los siguientes:

- a) Hacer efectivo el derecho de acceso de los ciudadanos de las Islas Baleares al disfrute de una vivienda digna, adecuada, accesible y asequible, y a la mejora de su calidad de vida, con la adopción de las medidas necesarias para favorecer la equidad social y para eliminar los obstáculos que lo impiden, así como para garantizar la dimensión social que hay que otorgar a las políticas de vivienda.
- b) Conseguir un parque público y privado de viviendas suficiente.
- c) Simplificar y racionalizar la actuación administrativa sobre la vivienda protegida garantizando la transparencia en la transmisión y el arrendamiento de las viviendas protegidas mediante los mecanismos y los procedimientos que aseguren la igualdad, la publicidad, la transparencia, la eficacia, la eficiencia y la concurrencia en el acceso a la vivienda.
- d) Promover políticas dirigidas al fomento del parque público de vivienda en alquiler.
- e) Promover las actuaciones necesarias para el mantenimiento de los suministros básicos de la población que no pueda satisfacer su pago.
- f) Promover la erradicación de cualquier discriminación en el ejercicio del derecho a disfrutar de una vivienda, por medio del establecimiento de medidas de acción positiva a favor de los colectivos más necesitados y de la penalización de conductas discriminatorias en el acceso a la vivienda, así como la defensa ante cláusulas abusivas y prácticas contrarias a la ley.
- g) Promover la diversidad y la cohesión social en los barrios y los sectores residenciales de las ciudades y los pueblos como garantía de una integración adecuada al entorno urbano o rural, y prevenir o evitar fenómenos de segregación, exclusión, discriminación o acoso por razones socioeconómicas, demográficas, de género, culturales, religiosas o de cualquier otro tipo.
- h) Impulsar la conservación, la rehabilitación, la reforma, la renovación, la accesibilidad y la sostenibilidad del parque público y privado de viviendas, en el marco de una vivienda digna y adecuada.
- i) Promover la participación y la colaboración efectiva de la ciudadanía en la formulación de las políticas en materia de vivienda.
- j) Proteger los derechos de la ciudadanía en la adquisición o el arrendamiento de una vivienda.
- k) Promover e impulsar la construcción, la rehabilitación y la optimización de las viviendas de manera sostenible y compatible con el medio ambiente y los recursos naturales, mediante técnicas de eficiencia energética y energías renovables.
- l) Establecer, desarrollar y ejecutar una planificación en materia de vivienda de acuerdo con las necesidades reales de los ciudadanos y de sus circunstancias personales, sociales, económicas y laborales.
- m) Coordinar y colaborar, todos los poderes públicos, en garantía del derecho a una vivienda digna, adecuada, accesible y asequible.
- n) Aportar los medios personales, técnicos y financieros necesarios para garantizar

los derechos y las medidas que garantiza esta Ley.

o) Establecer los mecanismos necesarios con el fin de evitar la pérdida de la vivienda por el aumento de las rentas de alquiler.

p) Potenciar la participación de las cooperativas de viviendas y de las entidades de carácter social y asistencial en las políticas de vivienda, en actuaciones de promoción, construcción, conservación, rehabilitación y renovación del parque de viviendas y en tareas de administración y gestión de las viviendas.

q) Crear mecanismos de defensa de los consumidores y usuarios en materia de vivienda.

r) Contribuir para que el esfuerzo económico de las familias para acceder a la vivienda esté equilibrado teniendo en cuenta, entre otros, los ingresos y la composición de la unidad familiar.

A continuación, el apartado 2 del mismo precepto concreta que la política de vivienda se podrá articular por medio de los mecanismos que a este efecto se puedan establecer, como los planes y los programas de las diferentes administraciones.

— En el artículo 3, intitulado “*Definiciones*”, se incluyen las siguientes, que lo serán a los efectos previstos en el Anteproyecto:

a) Vivienda: es cualquier edificación permanente habitable destinada a residencia de las personas físicas, siempre que se acredite el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad exigidas por la normativa aplicable.

b) Vivienda principal: es la vivienda que consta como domicilio habitual y permanente de una persona, familia o unidad de convivencia en el padrón municipal.

c) Vivienda adecuada: es la vivienda que, por su tamaño, ubicación y características, resulta apropiada para que resida allí una persona, familia o unidad de convivencia concreta.

d) Vivienda desocupada: es la vivienda que permanece desocupada de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación, según establece esta Ley y la normativa de desarrollo.

e) Vivienda temporalmente desocupada: a efectos de establecer un marco normativo para las políticas municipales de vivienda que faciliten el alquiler anual, se considerará vivienda temporalmente desocupada a efectos municipales aquella que lo esté durante un período superior a 6 meses.

f) Vivienda sobreocupada: es la vivienda en que se aloja un número de personas que excede el máximo de plazas que fija su cédula de habitabilidad.

g) Vivienda de realojamiento: es la vivienda que se destina a residencia de manera transitoria por motivos de operaciones urbanísticas o de expropiación o de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana.

h) Infravivienda: es la construcción o una parte de esta que, aunque no tiene cédula de habitabilidad ni cumple las condiciones para obtenerla, se destina a vivienda.

i) Grandes tenedores de vivienda: se consideran grandes tenedores de vivienda a los efectos de esta Ley las personas físicas o jurídicas que, por sí mismas, de manera directa, o indirectamente a través de la participación en otras sociedades o grupos, disponen de diez o más viviendas, en el ámbito de las Islas Baleares, en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otra figura jurídica que los faculte para determinar sus usos, y que tengan como actividad, la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de viviendas.

j) Rehabilitación: son obras de rehabilitación las de carácter general que, sin modificar las características estructurales del edificio y los aspectos fundamentales de la tipología edificatoria de un edificio de viviendas o una vivienda, mejoran la calidad con respecto a las condiciones de seguridad, funcionalidad, accesibilidad y eficiencia energética.

k) Rehabilitación integral: son obras de rehabilitación integral las de adecuación estructural o funcional de un edificio que supone derribar fachadas o vaciar su interior, siempre que el vaciado afecte a un 50 % de los techos o más, o cuando la modificación de la distribución interior afecte a un 50 % de la superficie del edificio o más.

l) Vivienda dotacional: es la vivienda destinada a resolver la necesidad de alojamiento, tanto transitorio como de colectivos especialmente vulnerables, mediante el abono de una renta o canon. Las viviendas dotacionales se pueden situar en suelos o edificaciones, o partes de estas, destinadas a equipamientos o dotaciones de titularidad pública.

m) Vivienda de inserción: es aquella vivienda gestionada por una Administración pública o entidad sin ánimo de lucro para destinarse a personas que requieren una especial atención.

En relación a las definiciones expuestas conviene hacer tres consideraciones en cuanto al concepto de gran tenedor. En primer lugar, se hace preciso una mayor claridad en la definición por lo que respecta a la participación en sociedades o grupos puesto que no se concreta cuál debe ser el nivel de participación para que sea significativo a efectos del presente Anteproyecto de ley; en segundo lugar, que la actividad principal del gran tenedor debería, a nuestro entender, adjetivarse como *económica* por lo que respecta a las diez o más viviendas que le incluyen dentro del concepto de gran tenedor; en tercer lugar, se sugiere reconsiderar la redacción del inciso “figura jurídica que los faculte para determinar sus usos...”, toda vez que el redactor del Anteproyecto parece querer referirse a que el titular del derecho (figura jurídica) esté investido de facultades para efectuar la cesión del uso de la vivienda lo que es distinto de la determinación del uso.

— En el artículo 4 se recoge la referencia a la “función social de la vivienda”, en los términos siguientes:

Artículo 4

Función social de la vivienda

1. El derecho de propiedad de una vivienda se ejercerá de acuerdo con su función

social en los términos que establecen esta Ley y el resto de normativa que sea de aplicación.

2. Se considera que se incumple la función social de la vivienda, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se incumpla el deber de conservación o rehabilitación de la vivienda, en los términos señalados en la legislación de vivienda y urbanística, con el fin de garantizar unas condiciones adecuadas de habitabilidad.

b) Cuando la vivienda, el alojamiento o el edificio de viviendas esté desocupado, en los términos que establece esta Ley.

c) Cuando la vivienda o el alojamiento esté sobreocupado.

d) Cuando no se destine la vivienda de protección pública o alojamiento protegido a residencia habitual y permanente de la persona o entidad adjudicataria o titular.

e) Cuando la vivienda, el alojamiento o la edificación se someta a un uso diferente del de su calificación urbanística, autorización o destino coherente y legal.

3. Las administraciones competentes podrán promover las acciones de fomento así como de intervención que sean necesarias, en el ámbito de sus competencias, con el fin de garantizar el cumplimiento de esta función social.

4. La consejería competente en materia de vivienda y las administraciones locales actuarán coordinadamente cuando se detecten situaciones en que se produzca incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda, y en la determinación y la ejecución de las medidas legalmente establecidas que haya que adoptar.

Dado que el ámbito de aplicación del Anteproyecto es la vivienda y en cuanto que dicho concepto presupone una situación de permanencia que lo diferencia del de alojamiento, entendemos que deberían suprimirse, en aras al principio de seguridad jurídica las continuas referencias que contiene el texto al *alojamiento* o la *edificación*. Esta observación se extiende al resto del articulado que contenga las mismas referencias.

— Cierra el Título I el artículo 5, que, en su apartado 1, considera como servicio de interés general, “todas aquellas actividades vinculadas a la provisión de viviendas o alojamientos destinados a políticas de protección pública”, y, en su apartado 2, establece que “a los efectos de la homologación con la normativa europea en materia de vivienda, tienen la condición de viviendas sociales tanto las viviendas que esta Ley define como viviendas protegidas como los alojamientos dotacionales, independientemente de si es resultado de procesos de nueva construcción o de rehabilitación o de si se obtienen en virtud de programas sociales de mediación o cesión. Por último, el apartado 3 del citado artículo 5 dispone que “a los mismos efectos previstos en los apartados anteriores de este artículo, las actividades públicas de fomento de la regeneración, renovación y rehabilitación del patrimonio edificado o urbanizado se consideran igualmente de interés general”.

b) El “*Título II*” se dedica a las competencias de las administraciones públicas, estableciendo, en el primer apartado del artículo 6, como “*Competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma*”, de manera genérica, aquellas que contribuyan a garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada y que, por tanto, permitan asegurar la preservación efectiva de los intereses generales y supramunicipales en materia de vivienda, así como la cooperación o colaboración con el resto de administraciones públicas en el desarrollo de las diferentes medidas y planes de fomento y promoción del acceso a la vivienda; en el segundo apartado, atribuye a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, mediante la Consejería competente en materia de vivienda, el ejercicio de las competencias propias en este ámbito material, el diseño de las políticas para garantizar, fomentar y promocionar el acceso a la vivienda y la cooperación o colaboración con el resto de administraciones públicas en el desarrollo de las mencionadas políticas; y, ya en su apartado 3, especifica que

Concretamente, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares el ejercicio de las siguientes competencias:

- a) La potestad reglamentaria general en materia de vivienda,
- b) La regulación del régimen jurídico de las viviendas protegidas.
- e) La regulación de las ayudas y otras medidas de fomento.
- d) La integración de la política de vivienda con las políticas de ordenación del territorio, del suelo y del medio ambiente.
- e) La programación del gasto público en vivienda y su integración en la política económica y presupuestaria autonómica.
- f) La aprobación de los planes autonómicos de vivienda y de las actuaciones de fomento.
- g) El ejercicio de actuaciones para evitar la existencia de viviendas desocupadas.
- h) La potestad de inspección y sanción en materia de vivienda.
- i) La potestad expropiatoria en los supuestos previstos legalmente.
- j) La defensa de los consumidores y usuarios en materia de vivienda.
- k) Cualquier otra que le atribuyan las leyes y el resto de normativa aplicable.

A continuación, el artículo 7 prevé que el Instituto Balear de la Vivienda (IBAVI), en su condición de organismo público creado bajo la dependencia o vinculación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, pueda llevar a cabo actividades de ejecución y de gestión en materia de vivienda, tanto administrativas como de contenido económico, en régimen de descentralización funcional; y el apartado 2 de dicho precepto remite, para la fijación de las funciones y las competencias de dicha

entidad pública empresarial, a lo que se disponga “legal o reglamentariamente”.

En cuanto a las competencias de los Consejos Insulares, el artículo 8 del Anteproyecto les reconoce las siguientes competencias:

Artículo 8

Competencias de los consejos insulares

1. Los consejos insulares tienen competencias en materia de urbanismo y habitabilidad de los edificios, viviendas y locales radicados en su propio ámbito territorial.
2. Los consejos insulares pueden suscribir convenios o acuerdos de cooperación con el resto de administraciones públicas, a los efectos previstos en esta Ley, en los que se establezcan libremente los instrumentos de colaboración necesarios para la consecución de finalidades comunes de interés público.

Artículo 9

Competencias de los entes locales

1. Los entes locales, bajo el principio de autonomía para la gestión de sus propios intereses, ejercen las competencias en materia de vivienda de acuerdo con lo que establecen la legislación de régimen local, la legislación urbanística y de suelo y esta Ley, y, entre otras, tienen las siguientes competencias:

- a) La protección y la gestión del patrimonio histórico.
- b) La promoción y la gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera.
- c) La conservación y la rehabilitación de la edificación.

2. Además de las competencias de promoción y gestión que les reconoce la legislación de régimen local, los entes locales pueden concertar políticas propias de vivienda con la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, en el marco de los instrumentos de planificación que establecen esta Ley y la legislación urbanística, y, a estos efectos, pueden pedir la creación de consorcios u oficinas locales de vivienda para la gestión conjunta de funciones y servicios vinculados a la vivienda.

3. Los entes locales que, por su dimensión o por falta de recursos, no puedan ejercer plenamente las competencias en materia de vivienda pueden solicitar a las administraciones de ámbito territorial superior la prestación de asistencia técnica, financiera y jurídica.

En relación con la referencia que hace el artículo 9 en su apartado *a* a las competencias de los entes locales en materia de protección y gestión del patrimonio histórico se entiende superflua y suprimible dado que ya está regulada en su normativa específica.

Cierra el Título II el artículo 10, que bajo el epígrafe “cohesión social”, establece un

deber de colaboración de las administraciones públicas en el ejercicio de sus políticas de vivienda, y las emplaza a concertar las actuaciones necesarias para conseguir el objetivo de cohesión social, “entendida como la existencia de un parque residencial público (preferentemente de alquiler, en derecho de superficie o en regímenes de tenencia alternativos a la compra) al servicio de la ciudadanía y de entidad suficiente para satisfacer el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada”.

Se sugiere sustituir la expresión “regímenes de tenencia alternativos a la compra” por otra más ajustada a los conceptos civiles de adquisición del dominio ya que la compra no es un régimen de tenencia, sino un contrato que constituye título de adquisición del dominio (artículo 609 del Código Civil).

c) El *Título III* regula las “*condiciones de las viviendas*”, y se divide en dos Capítulos, el primero dedicado a “la calidad, el diseño y la habitabilidad de las mismas” (artículos 11 a 15) y cuyo contenido no plantea ninguna cuestión que merezca un análisis detenido; y el segundo, dedicado al “deber de conservación y rehabilitación” (artículos 16 y 17) que refieren los deberes de uso conservación y rehabilitación establecidos en el Anteproyecto y en el resto de la normativa que le sea aplicable.

En este punto debemos detenernos en el artículo 16 apartado dos que establece que “se desarrollarán reglamentariamente estas medidas con el fin de evitar la desocupación de las viviendas, la sobreocupación y las situaciones de infravivienda”.

Entendemos que para cumplir con la reserva de ley material que exige el 53.1 de la Constitución en relación al artículo 33 del mismo Texto Constitucional, se debe evitar la remisión en bloque al reglamento en cuanto a todo aquello que tenga la naturaleza de limitación y determine el contenido esencial del derecho de propiedad, pues tales aspectos aparecen sujetos al referido principio de reserva de ley (Sección Segunda del Capítulo II del Título I).

Por otra parte, en el artículo 17 se regula la posible “declaración de la necesidad de rehabilitación”, en los términos siguientes:

Artículo 17

Declaración de necesidad de rehabilitación

1. Cuando el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación haga necesaria la expropiación o la ocupación temporal de elementos privativos o comunes de uso privativo de un inmueble, se podrá instar a la Administración competente a incoar un expediente de expropiación de estos elementos. A estos efectos, habrá que presentar un proyecto específico que acredite la necesidad de ocupación temporal o definitiva que justifique la imposibilidad de utilizar vías alternativas menos cargantes para los derechos de propiedad afectados.

2. La aprobación del proyecto lleva implícita la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados, respetando a estos efectos las previsiones de la legislación de expropiación forzosa.

En cuanto a la redacción “se podrá instar a la Administración competente a incoar un expediente de expropiación de estos elementos” es preciso determinar el sujeto que está legitimado para solicitar la incoación y, en relación a la redacción “vías alternativas menos *cargantes*” sugerimos sustituirlas por “menos *gravosas*”.

d) El *Título IV* trata “*De la política de protección y promoción de la vivienda*”, y se subdivide en cinco Capítulos, el primero de los cuales comprende los artículos 18 a 27 y que, bajo el epígrafe “*De la política de protección*”, regula las siguientes medidas:

Artículo 18

De la protección en materia de vivienda

1. La oferta, la promoción y la publicidad dirigidas a la venta o el arrendamiento de viviendas se ajustará a la normativa vigente en la materia, de manera que no oculten datos fundamentales de los objetos a los que se refieren o puedan inducir a los destinatarios a ningún tipo de error con repercusiones económicas. También es aplicable a los préstamos hipotecarios y a cualquier otra operación crediticia destinada a financiar la adquisición, la reforma o el alquiler de la vivienda, por todas las partes intervinientes en este tipo de contratos, tanto si es como deudores como si es como avalistas o terceros hipotecarios.

2. Los datos, las características y las condiciones relativas a la construcción, la situación, los servicios, las instalaciones, la adquisición, la utilización y el pago de las viviendas que se incluyen en la oferta, la promoción y la publicidad son exigibles ulteriormente por la parte compradora, aunque no figuren expresamente en el contrato de transmisión.

3. De la misma manera son vinculantes para los prestamistas todas las condiciones anunciadas y comunicadas públicamente, y exigibles en cualquier momento por la contraparte de conformidad con la legislación vigente en la materia.

Nada que objetar a este artículo ni al siguiente, que se refiere a la protección de los consumidores en materia de vivienda y que tienen un marcado carácter de preceptos en blanco que remiten, como no puede ser de otro modo, a la legislación vigente en la materia, que, a la vista del contenido del artículo transcrito, sería todo el bloque del derecho de los consumidores, así como el relativo a las condiciones generales de la contratación.

En este punto conviene recordar que, en cuanto al alquiler de vivienda, éste se rige fundamentalmente por la Ley de Arrendamientos Urbanos, dictada al amparo de una de las competencias exclusivas del Estado recogidas en el artículo 149.1.8ª, esto es, la regulación de las bases contractuales, materia que, como establece el precepto citado, corresponde “en todo caso” al Estado.

Tras reiterar en el artículo 19 la protección de los consumidores en materia de vivienda, el artículo 20 se titula “protección adicional en materia de vivienda” y establece lo siguiente:

Artículo 20

Protección adicional en materia de vivienda

1. Las adquisiciones, los alquileres de viviendas y los préstamos hipotecarios para la financiación de una vivienda solicitados por un consumidor o consumidora a una entidad financiera o a una empresa o profesional, se registrarán por la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la relación jurídica del comprador o compradora con la parte vendedora.

2. Las adquisiciones y los alquileres de viviendas o las operaciones crediticias relacionadas que no tengan la consideración de relaciones de consumo, se ajustarán al régimen general de la legislación civil o mercantil y a las especialidades establecidas en esta Ley.

Ninguna consideración cabría hacer al artículo 21, en el que se establece la obligación, para las administraciones públicas, de fomentar y promover los diferentes sistemas de mediación extrajudicial para la resolución de conflictos en materia de vivienda, especialmente los que se desarrollen para prevenir y evitar la pérdida de la vivienda habitual, salvo que, teniendo en cuenta el ámbito territorial de aplicación del Anteproyecto de Ley, sería necesario que se especificase que el destinatario de la norma es el conjunto de administraciones públicas de las Illes Balears.

A continuación, el artículo 22 regula lo que denomina “arrendamientos derivados de procesos hipotecarios”, con el texto siguiente:

Artículo 22

Arrendamientos derivados de procesos hipotecarios

1. Los grandes tenedores de vivienda que, con motivo de una ejecución hipotecaria o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria constituida a su favor, se hayan adjudicado un inmueble están obligados a ofrecer esta vivienda en arrendamiento al antiguo propietario con el fin de evitar el lanzamiento de la vivienda, siempre que el antiguo propietario acredite que se trata de su vivienda habitual y permanente, no disponga de otra alternativa de vivienda y se encuentre en situación de especial vulnerabilidad.

2. Las situaciones de especial vulnerabilidad, los requisitos, las compensaciones y las otras condiciones se establecerán reglamentariamente.

Pues bien, esta obligación de constituir en favor del antiguo propietario un contrato de arrendamiento, puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad en caso de impugnación ante el Tribunal Constitucional, cuestión que, por razones de sistemática, reservamos para la Consideración Jurídica Quinta del presente dictamen, en el que se analizará el alcance de las Sentencias dictada por el Tribunal Constitucional en esta materia, especialmente la doctrina contenida en la **Sentencia del Pleno 93/2015, de 14 de mayo**, que anuló el primer inciso del art. 1.3; los apartados 5 y 6 del art. 25 y del art. 53.1.a) de; así como la disposición adicional segunda de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción aprobada por el art. 1

del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.

No obstante lo anterior, queremos insistir que, además de los motivos de inconstitucionalidad que declaró la Sentencia citada, el contenido del apartado 2 del artículo 22 del Anteproyecto no respeta el principio de reserva de ley *material* al que ya hemos hecho referencia en relación a otros preceptos del mismo puesto que efectúa una remisión en blanco a norma reglamentaria.

El segundo Capítulo del Título IV, denominado “*De la promoción*”, regula, en sus artículos 23 a 27, una serie de medidas dirigidas al fomento de la ocupación de las viviendas que, en lo relativo a las ayudas o prestaciones contempladas en el artículo 23, así como en el programa de cesión de viviendas regulado en el artículo 24, no plantean ningún problema sobre su amparo en el título competencial en el que se basa el Anteproyecto, puesto que entran de lleno en lo que se considera *política de vivienda* por las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en cuyo estudio nos detendremos en la siguiente Consideración de este Dictamen. No obstante lo anterior, y en relación con el artículo 23 del Anteproyecto, el mandato del legislador estatutario —artículo 22 EAIB— contiene una reserva de ley que no se respeta al deslegalizar totalmente el régimen de ayudas. Al menos, el Anteproyecto debería contener unos parámetros básicos sobre el régimen de ayudas, que podrían ser desarrollados posteriormente por vía reglamentaria.

El programa de cesión de viviendas consiste, según el artículo 24 del Anteproyecto, en un incentivo para que los propietarios de viviendas desocupadas las pongan en el mercado de alquiler a precios asequibles mediante la cesión temporal de su gestión a la Administración pública; esto es, se trata de un programa en el que, a tenor del texto, no se impone una obligación, sino que se establecerán incentivos, de lo que se desprende su carácter voluntario para los propietarios de viviendas desocupadas.

Otro tanto ocurre con el principio rector que se recoge en el artículo 25, en el que se establece el deber de las administraciones públicas de velar para que los servicios sociales de las mismas y las entidades sin ánimo de lucro que llevan a cabo actividades y programas de inserción social puedan disponer de un volumen de viviendas de inserción suficiente para atender las necesidades de los sectores de la población que lo requieren.

Las mismas reflexiones que hemos hecho relativas al artículo 24 cabe hacer a los convenios de colaboración con los grandes tenedores de vivienda que se regulan en el artículo 26, voluntarios, y cuya finalidad según el precepto examinado es la de incrementar la oferta de alternativas de viviendas que permita dar una respuesta adecuada a la necesidad de alojamiento.

Por último, cierra el Capítulo II con el artículo 27, que establece la obligación para las administraciones competentes de impulsar políticas orientadas a erradicar las situaciones de sobreocupación y de infravivienda y a potenciar la incorporación en el

mercado de las viviendas desocupadas, y cuyo contenido se enmarca, como todo el capítulo, dentro de la competencia exclusiva en materia de vivienda que el artículo 30 del Estatuto de Autonomía reconoce a las Illes Balears, sin que se plantee ningún problema de posible colisión con normas estatales de carácter exclusivo.

El Capítulo III del Título IV comprende los artículos 28 a 30, y regula el denominado “Servicio de Acompañamiento en materia de vivienda”. En relación a este servicio el artículo 28 establece en su apartado 1 su creación, indicando que será un servicio “dependiente de la Consejería competente en esta materia y adscrito al Instituto Balear de la Vivienda (IBAVI), de acceso universal y gratuito”. Conviene recordar que el mencionado IBAVI es una entidad pública empresarial que fue creada por el Decreto 113/1986, de 30 de diciembre y que actualmente está regulada por el Decreto 17/2015, de 10 de abril, de aprobación de los Estatutos de la entidad pública empresarial de la Vivienda (*BOIB núm. 52, de 11 de abril de 2015*). Por tanto, parece que se está creando un servicio dentro del organigrama de la Consejería, cuando la naturaleza del IBAVI es de entidad pública empresarial y, visto que el artículo 30 del Anteproyecto prevé que sea ésta la entidad que pueda suscribir convenios o acuerdos con los ayuntamientos, los consejos insulares, las asociaciones, los colegios profesionales y otras entidades para la prestación del servicio de acompañamiento” lo lógico es concluir que lo que se está poniendo en funcionamiento es un servicio dentro del IBAVI, y no un “servicio dependiente de la Consejería”. En consecuencia, se sugiere una mejora de la redacción del precepto, que resulta confuso en cuanto no aclara si se está creando un servicio como unidad administrativa de la Consejería (para lo que no se necesita rango legal, siendo inconveniente su congelación en dicho rango) o se están modificando las atribuciones del IBAVI, lo que debería hacerse mediante la modificación de su norma de creación y funcionamiento.

Las funciones del Servicio de Acompañamiento, se enumeran, sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, en el artículo 29, consistiendo básicamente en ofrecer asesoramiento voluntario y gratuito a las personas y a las familias en los procesos de acceso a la vivienda y de defensa de ésta. Respecto a los destinatarios del servicio, se hace la consideración, con carácter no esencial, de que las familias —obviamente— están compuestas por personas, por lo que parece que con la mención de las primeras es suficiente. Como decimos, la consideración es una mera sugerencia para mejorar el texto desde el punto de vista técnico.

El Capítulo IV trata de uno de los temas a los que tenemos que dedicar una especial atención, como es el régimen de las *viviendas desocupadas*.

El artículo 31, en su apartado 1, define el concepto de vivienda desocupada, a los efectos del Anteproyecto, del modo que sigue “*se entiende por vivienda desocupada la que permanece deshabitada de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación según establece esta Ley y la normativa de desarrollo*”.

Y, en su apartado 2 considera que hay causa justificada para la desocupación continuada

en los siguientes casos:

- a) Que las condiciones materiales de la vivienda no permitan ocuparla de manera inmediata por motivos de habitabilidad.
- b) Que la vivienda esté pendiente de la resolución de algún litigio que afecte a los derechos derivados de la propiedad.
- c) Que la vivienda esté ocupada ilegalmente.
- d) Que la vivienda esté gravada con algún derecho real o carga que impida ocuparla.
- e) Que sea una vivienda de segunda residencia.
- f) En los supuestos de traslado de domicilio por motivos laborales, de salud, de dependencia o de emergencia social, acreditados debidamente.
- g) Que haya otras causas, diferentes de las anteriores, justificadas debidamente que impidan la ocupación de la vivienda.

En relación a esta última letra *g*, mejoraría la redacción de dicho apartado si se sustituyera la que figura en el texto por “acreditadas debidamente que impidan de forma justificada la ocupación de la vivienda”.

A renglón seguido, el artículo 32, como *medidas para evitar la desocupación*, el Anteproyecto prevé las siguientes:

1. La consejería competente en materia de vivienda, en coordinación con los consejos insulares y las administraciones locales, impulsará políticas de fomento para potenciar la incorporación en el mercado, preferentemente en régimen de alquiler, de las viviendas desocupadas. Con esta finalidad, velará para evitar situaciones de desocupación de viviendas y aprobará los correspondientes programas de inspección.
2. A estos efectos, se podrán adoptar, entre otras, las siguientes medidas:
 - a) El fomento de la rehabilitación de las viviendas que estén en mal estado para poder ser alquiladas.
 - b) Los programas de cesión de las viviendas desocupadas a la Administración Pública a fin de que las gestione en régimen de alquiler mediante un acuerdo con respecto a las condiciones de la cesión y el pago de la renta.
 - c) Medidas de carácter fiscal, bonificaciones o exenciones.
3. Se podrán adoptar las medidas establecidas en la legislación vigente con el fin de evitar un uso inadecuado de las viviendas.

Por lo que se refiere a la letra *c* del apartado dos de este precepto mejoraría la redacción la mención genérica única a “medidas de carácter fiscal”, eliminando la mención a bonificación o exención por entender que el término “medidas de carácter fiscal” engloba esas dos figuras y otras más.

Tanto la definición de lo que se entienda por vivienda desocupada, como las medidas de fomento dirigidas a potenciar su incorporación en el mercado, preferentemente en régimen de alquiler han sido consideradas por la **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 93/2015, de 14 de mayo**, como ejercicio legítimo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda, competencia que tienen atribuida como exclusiva por el artículo 148 de la Constitución.

Sin perjuicio de que el análisis de esta cuestión se hará pormenorizadamente en la siguiente Consideración, entendemos que, en consecuencia, tampoco plantea problemas de inconstitucionalidad la creación del registro de viviendas desocupadas que se recoge en el artículo 33 del Anteproyecto, ni la obligación de inscripción en dicho registro, que se establece en el artículo 34 —sólo para los grandes tenedores de vivienda, definidos en la letra *i* del artículo 3 como “las personas físicas o jurídicas que, por sí mismas, de manera directa, o indirectamente a través de la participación en otras sociedades o grupos, disponen de diez o más viviendas, en el ámbito de las Islas Baleares, en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otra figura jurídica que los faculte para determinar sus usos, y que tengan como actividad, la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de vivienda” —, ni los deberes de colaboración que se imponen en el artículo 36 a los sujetos que en el mencionado precepto se enumeran. Y no los plantea porque el registro deviene un instrumento esencial para desarrollar las políticas de fomento de ocupación de las viviendas y el deber de colaboración con la Administración no afecta, adelantamos ya, en absoluto, a ninguna de las facultades que confiere el derecho real de propiedad.

Por último, cierra el Capítulo III de este Título el artículo 37 que establece la obligación de la *cesión de viviendas desocupadas de grandes tenedores* y que lo hace del modo siguiente:

Artículo 37

Cesión de viviendas desocupadas de grandes tenedores

1. Los grandes tenedores que dispongan de viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otra figura que les faculte para determinar los usos y que estén incluidos en el Registro de viviendas desocupadas cederán su gestión al Instituto Balear de la Vivienda (IBAVI), en función de las necesidades habitacionales y las disponibilidades presupuestarias, por un plazo mínimo de tres años, prorrogable por mutuo acuerdo por las partes.
2. Se determinarán reglamentariamente los requisitos básicos de esta cesión, las rentas aplicables, el modelo de contrato y las otras condiciones aplicables.

Este Consejo Consultivo debe advertir que, por las razones que se exponen en la Consideración Jurídica Quinta de este Dictamen, el texto de este precepto puede ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad, dado que, como luego estudiaremos, el Tribunal Constitucional viene entendiendo las medidas consistentes en lo que se ha venido conociendo como “expropiación de uso” son inconstitucionales por invadir la competencia estatal exclusiva recogida en el artículo 149.1.13 de la Constitución. De cualquier modo, y como razonaremos más adelante, existen dos diferencias esenciales entre la norma andaluza que fue objeto de la declaración de inconstitucionalidad y la que contiene artículo 37 del Anteproyecto que acabamos de transcribir, y que son:

— La norma andaluza determinaba la expropiación de uso en casos en que se había producido una resolución judicial de lanzamiento, mientras que la del artículo 37 del Anteproyecto que nos ha remitido el Gobierno para consulta establece dicha cesión obligatoria de uso cuando la vivienda desocupada en manos de un gran tenedor que lleve en esa situación durante más de dos años sea necesaria, dado que la cesión se anuda a “las necesidades habitacionales y las disponibilidades presupuestarias”.

— La norma anulada por el Tribunal Constitucional era un Decreto-Ley que, como es sabido, no puede afectar al contenido de un derecho constitucional como es el de propiedad, mientras que el Anteproyecto de Ley que estamos informando no está sometido a dicha limitación.

Ahondando en este argumento, el artículo 37, tal como se presenta en el anteproyecto objeto de análisis, parece distinguirse del supuesto andaluz (declarado inconstitucional), por relacionarse con un superior interés consistente en dar cobertura a “necesidades habitacionales y disponibilidades presupuestarias”; necesidades que, no obstante, ni concreta ni determina como deben concretarse.

Sin perjuicio de considerar que una limitación del derecho de propiedad consistente en la expropiación temporal del derecho de uso con el objetivo de dar cobertura a necesidades habitacionales podría tener perfecto encaje en la función social de la propiedad que garantiza la Constitución Española, debemos advertir que para que esta limitación, si bien temporal, se ajuste a derecho, deben cumplirse ciertos requisitos que en el anteproyecto sujeto a análisis no se cumplen.

Y es que, tal como se desprende de la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 23 de septiembre de 1982, cas Sporrang i Löhnroth contra Suecia), del Protocolo adicional I del Convenio de Europa de Derechos Humanos (CEDH-Roma 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979), debe establecerse un equilibrio entre los derechos de los individuos y los intereses de la comunidad, equilibrio que debe tomarse en consideración por los Estados al regular su capacidad expropiatoria, resultando pues necesario el cumplimiento de tres requisitos en cualquier limitación al derecho de propiedad:

— Debe ser conforme a derecho;

— Debe realizarse teniendo en cuenta el interés público y de acuerdo a una finalidad legítima

— Debe establecer un justo equilibrio, balance equitativo o relación de proporcionalidad entre el interés público que se persigue y el interés patrimonial que se ve afectado por aquella. La relación debe ser proporcionada y no ofrecer desequilibrios entre la medida y la finalidad perseguida.

Traspassando este esquema al supuesto que se contempla en el artículo 37 objeto de análisis:

Para ser conforme a derecho deberán respetarse los límites constitucionales, estatutarios y legales oportunos. En particular, deberá darse cumplimiento a la reserva de ley que el

artículo 33 de la Constitución Española establece para la determinación del contenido del derecho de la propiedad y establecerse también por ley los elementos que la ley determina; a saber: cuándo se produce el supuesto habilitante para que la expropiación de uso pueda tener lugar, con la determinación suficiente para que permita una seguridad jurídica y una previsibilidad suficiente, la determinación de la indemnización y/o la justa compensación que deba percibirse como compensación económica, siguiendo los parámetros de valoración que se establece para las expropiaciones, así como las garantías de los daños que puedan producirse en los bienes como consecuencia de esta expropiación de uso, de manera que no se produzca menoscabo en la esfera jurídica del expropiado al restituirse la plenitud de sus derechos dominicales.

Para ser conforme a derecho deberá determinarse también en la ley cuándo debe considerarse que se produce la circunstancia de interés público que justifique la innegable finalidad legítima de dar cobertura a urgentes e inaplazables necesidades habitacionales. Así, deberá el legislador determinar con un grado de previsibilidad suficiente cuándo debe entenderse que se produce la circunstancia que habilite la expropiación del uso, sin ser admisible una fórmula genérica o automática que se active simplemente por el mero transcurso del tiempo sin que el inmueble concreto se encuentre ocupado; debe pues prevalecer un interés público que justifique la finalidad legítima, y los parámetros básicos deben estar determinados por ley.

El análisis de proporcionalidad de la medida a adoptar (la expropiación del derecho de uso de inmuebles desocupados) debe resultar equilibrado con la medida y finalidad perseguida.

Pues bien, el Anteproyecto no incluye lo que ha de considerarse como hecho habilitante, pues se limita a referirse a “necesidades habitacionales y disponibilidades presupuestarias”; tampoco establece cuál ha de ser la compensación a recibir, ni cómo ha de determinarse la misma, ni se establece un procedimiento, en particular, si ha de seguirse un procedimiento previo contradictorio mediante el que se declare el incumplimiento de la función social de la propiedad, ni contiene referencia alguna a que el procedimiento ha de adaptarse a la legislación forzosa ni a qué elementos deben valorarse en la determinación del justiprecio. Como hemos dicho respecto a anteriores preceptos del Anteproyecto, no es aceptable una remisión en blanco a regulación reglamentaria en aspectos como los citados, que suponen la limitación de un derecho constitucional, y sobre los que existe reserva de ley.

Tampoco incluye ni el Anteproyecto ni la memoria que sustenta el mismo juicio alguno de proporcionalidad que justifique el equilibrio entre la medida a adoptar y la satisfacción de la necesidad de interés público que se pretende.

En relación al juicio de proporcionalidad, al que obliga también los principios de buena regulación que se contienen en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo de las administraciones públicas, tal como apuntaba el Dictamen nº 282 del Consejo Consultivo de Catalunya:

“En la seva funció jurisdiccional sobre els drets i les llibertats, el Tribunal Constitucional ha emprat sovint el criteri hermenèutic del principi de proporcionalitat (idoneïtat, necessitat i proporcionalitat), sobretot en relació als drets fonamentals de llibertat i participació de la secció 1ª del capítol II del Títol I de la Constitució. Ho ha fet des dels inicis de la seva jurisprudència (entre d’altres, les STC 11/1981, de 8 d’abril; 53/1985, d’11 d’abril; 209/1989, de 15 de desembre; i 214/1994, de 14 de juliol) tot i que, al llarg del temps, aquesta forma d’interpretació de la Constitució ha evolucionat en la línia d’introduir una major dosi d’elements d’objectivació en l’avaluació de la proporcionalitat de les mesures que prenen els poders públics limitant l’exercici de drets o el gaudi d’interessos legítims (entre d’altres, les STC 66/1995, de 8 de maig; 107/1996, de 12 de juny i 147/2001, de 27 de juny). En aquest sentit, l’evolució del criteri de proporcionalitat ha afectat sobretot la formalització de la seva dimensió material, tot precisant els requisits que escauen per tal que el contingut d’una actuació d’un poder públic pugui ser considerada com a proporcionada.

La concreció material del judici de proporcionalitat ha estat definida a través de la necessitat de verificar la finalitat d’una mesura, mitjançant la integració d’elements fàctics i temporals, o la simple prohibició de mesures dels poders públics que els incompleixen, a més de tenir com a destinataris tots els poders públics en qualsevol de llurs mesures restrictives sobre els drets i els béns constitucionalment protegits”.

El análisis de proporcionalidad que determinará la constitucionalidad o no de la medida prevista, debe evaluar fundamentalmente si la finalidad perseguida (asegurar el derecho constitucional a la vivienda y dar cumplimiento a la previsión estatutaria contenida en el artículo 22), presenta relevancia suficiente para justificar la limitación del derecho constitucional a la propiedad privada (consistente en la expropiación temporal de su derecho de uso).

El anteproyecto deberá clarificar que esta medida no se produce de manera automática al cumplirse la circunstancia de permanecer una vivienda durante dos años desocupada, sino que la cesión de su gestión al IBAVI se producirá solamente cuando se den las necesidades habitacionales concretas que deben también haberse planificado previa y expresamente. Debemos recordar, en este punto, que a mayor intensidad de las medidas de restricción de derechos, debe acompañar la mayor intensidad de la necesidad social a satisfacer, de modo que la prevalencia del interés general a proteger (el derecho a la vivienda) sea clara respecto al derecho individual (el del pleno dominio sobre la propiedad) que deberá ceder en favor del primero.

Así, el alquiler forzoso de la vivienda, mediante su cesión obligatoria al IBAVI, no puede producirse de forma automática, sino que debe tener carácter subsidiario y operar cuando las otras medidas establecidas en el anteproyecto de fomento y de carácter voluntario no resulten suficientes para garantizar el legítimo derecho de cualquier persona a disponer de una vivienda digna y adecuada. Dicho en otras palabras, la proporcionalidad de la medida de limitación de derechos individuales debe estar plenamente justificada en una concreta necesidad pública a satisfacer, y los índices, indicadores, porcentajes, ámbitos y demás aspectos cuantitativos y cualitativos y demás elementos que permitan detectar esta circunstancia deben dar cumplimiento al principio de legalidad y seguridad jurídica, mediante su predeterminación normativa.

La limitación social del derecho de propiedad, en los términos expresados, y dando cumplimiento a los requisitos indicados, entenderíamos podría introducirse en la legislación autonómica, sin producirse conflicto de constitucionalidad ni colisión con las competencias estatales.

Debería ajustarse el contenido del artículo 37 a lo anteriormente expuesto, para entender que cumple con dichos requisitos y ajustarse por lo tanto plenamente al orden constitucional.

El Título IV que venimos examinando termina con un Capítulo V que dedica los artículos 38 a 42 a lo que denomina “*pobreza energética*”, y en el que se prevén medidas y planes en esta materia que se adoptarán “sin perjuicio de las competencias estatales o de otras administraciones en esta materia”; y, examinado su contenido, este Consejo Consultivo considera que el texto de dicho Capítulo V del Anteproyecto es respetuoso con el reparto competencial constitucional, en relación con las medidas como la creación del fondo de atención solidaria de suministros básicos, que tiene un marcado carácter de prestación de servicios sociales; la previsión del establecimiento de un protocolo de actuación para coordinar las actuaciones de las familias afectadas, los servicios sociales, las empresas energéticas y otras administraciones, dirigido a garantizar el acceso a los suministros básicos de agua potable, gas y electricidad a las familias en riesgo de exclusión; los acuerdos o convenios de colaboración con las compañías suministradoras y con los diferentes servicios sociales para dotar el fondo de atención solidaria. Sin embargo, la obligación impuesta en el art. 40.2 a las empresas suministradoras podría ser inconstitucional a la vista de lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2016, de 17 de marzo, sobre la norma homónima de Cataluña.

e) El Título V del Anteproyecto comprende los artículos 43 a 45, y está dedicado a la creación de la *Mesa Autonómica de la Vivienda* como órgano colegiado de colaboración entre las diferentes administraciones públicas y de participación de las asociaciones y los agentes sociales implicados en el sector de la vivienda, y se le asigna como principal función la del asesoramiento no preceptivo.

f) El Título VI crea la *Mesa para la Lucha contra la Pobreza Energética*, que, a diferencia del órgano regulado en el Título anterior, se configura como órgano de consulta no preceptiva, debate y asesoramiento en esta materia, pero adscrito a la Consejería de Territorio, Energía y Movilidad.

g) El Título VII regula, en los artículos 49 a 55, las *Fianzas de Arrendamiento*, partiendo de la obligación de prestar fianza que se establece en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Hemos de detenernos en lo que dispone el artículo 50 del Anteproyecto, que, al regular la naturaleza y realización del depósito, establece lo siguiente:

Artículo 50

Naturaleza y realización del depósito

1. El depósito obligatorio de las fianzas tiene la consideración de ingreso de derecho público del ente al que la Comunidad Autónoma haya atribuido o atribuya la gestión.

2. Los depósitos a que hace referencia el artículo anterior serán gratuitos y no devengarán intereses.

3. El importe de las fianzas depositadas se destinará a inversiones para la promoción, la construcción y la rehabilitación de viviendas protegidas; a actuaciones directas en cascos antiguos o sujetas a procesos de renovación urbana; a medidas de fomento del alquiler; a la financiación de políticas de fomento del derecho a la vivienda, y a la financiación del servicio de acompañamiento en materia de vivienda, siempre que se garantice la devolución de las fianzas que sean reclamadas en el plazo y la forma apropiados, con el porcentaje de reserva establecido por orden del consejero competente en materia de vivienda.

4. Se determinarán reglamentariamente las formas de depósito, mediante ingreso directo o mediante concierto, como también el lugar, la forma y el plazo y el resto de disposiciones necesarias para su verificación.

Como se observa, el apartado 3 del artículo 50, para la fijación del porcentaje de reserva del depósito de las fianzas que debe mantenerse para garantizar su devolución, se remite a lo que se establezca por Orden del Consejero. Entendemos la fijación de dicho importe no puede hacerse por Orden, sino que es preciso que la norma que la establezca sea un Decreto. Así, se modificó recientemente el porcentaje mediante el Decreto 42/2015, de 22 de mayo —previo Dictamen favorable de este Consejo Consultivo 59/2015, de 13 de mayo—. La Disposición final primera de este Decreto sólo faculta a la persona titular de la consejería a la cual esté adscrito el IBAVI para que dicte todas las disposiciones que sean necesarias para ejecutarlo y desarrollarlo, sin que quepa entender que la fijación concreta del importe sea una mera ejecución del Decreto.

Por tanto, se considera que debe sustituirse la expresión “por orden del consejero competente” y en su lugar establecer que se regulará por Decreto. Por otra parte, ratifica esta consideración el contenido del artículo 129.4 tercer apartado de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, que establece lo siguiente:

Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.

Sobre la técnica de la habilitación “per saltum” el Consejo de Estado ya ha advertido de la necesidad de que debe tener un carácter excepcional. Así, en el Dictamen 275, de 29 de abril, en relación al Anteproyecto de ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas señalaba lo siguiente:

Finalmente, se sugiere incorporar un nuevo apartado en el que se haga expresión del carácter restrictivo con que debe recurrirse a la técnica de la habilitación “per saltum”, con arreglo a la cual la norma con rango legal habilita directamente a los titulares de departamentos ministeriales o de otros órganos subordinados a ellos para que procedan a su desarrollo. Se trata de una técnica que altera la secuencia normal que debe seguir la habilitación normativa, con la que la ley remite su desarrollo a un reglamento del Gobierno, quedando la orden reservada y, a su vez, limitada, a cuestiones de organización interna del departamento ministerial respectivo o procedimentales. En la medida en que dicha alteración tiene consecuencias en el régimen de atribución de competencias y en el sistema de control jurisdiccional de

las normas reglamentarias, es preciso hacer un uso restringido de esta técnica, estableciendo las cautelas necesarias para garantizar su carácter excepcional.

El artículo 51 faculta al “órgano competente en materia de vivienda” para utilizar la vía ejecutiva para el ingreso de las fianzas no depositadas y de las sanciones que se deriven del incumplimiento de la obligación de depósito. En este caso, sería deseable que el precepto aclarase si se refiere al órgano competente de la Comunidad Autónoma.

A continuación, el artículo 52 crea el *Registro de fianzas de contratos de arrendamiento de fincas urbanas de las Illes Balears*, de carácter administrativo, que se hace depender del organismo o ente al que se atribuye la gestión de las fianzas, y en el que se inscribirán los datos correspondientes a los contratos de arrendamiento de viviendas, locales, negocios y de suministros o servicios complementarios, respecto de inmuebles situados en las Islas Baleares, cuyas fianzas tienen que ser objeto de depósito preceptivo, según el propio Anteproyecto, defiriéndose al desarrollo reglamentario las normas sobre su funcionamiento, el procedimiento de inscripción, rectificación y cancelación.

Y el artículo 53 establece la exigencia de la acreditación de haber constituido el depósito de la fianza en todos los trámites administrativos en que se tenga que presentar un contrato de alquiler.

La creación del Registro administrativo y la exigencia de acreditación del depósito de la fianza en la tramitación administrativa no plantea problemas.

h) El *Título VIII* está dedicado a la regulación de las *Viviendas Protegidas*, y se subdivide en dos Capítulos, el primero de los cuales comprende los artículos 56 a 65 y se dedica a las disposiciones generales, y del que destaca, como novedad, que el artículo 60 establece que el régimen de protección de las viviendas de tal naturaleza, tanto si son de promoción pública como privada, que se califiquen desde la entrada en vigor del Anteproyecto, será permanente, eliminando la posibilidad de descalificación voluntaria. Dicho régimen está amparado en la competencia exclusiva que ejerce la Comunidad Autónoma en materia de vivienda pública y no colisiona con ninguna norma básica de carácter estatal.

La propuesta normativa no diferencia entre las viviendas de protección oficial de promoción pública y las de promoción privada cuando el régimen de ayudas y condiciones para su adquisición es muy distinto. El Consejo Consultivo sugiere que se efectúe una reflexión acerca de la oportunidad de establecer un régimen diferenciado para ambos supuestos.

Los artículos 64 y 65 crean, respectivamente, otros dos registros, el *Registro público de demandantes de viviendas protegidas* y el *Registro de viviendas protegidas de las Islas Baleares*, cuya naturaleza de instrumentos para la planificación y el fomento de la ocupación de la vivienda no plantean ninguna duda sobre la cobertura competencial que tiene el legislador balear para su creación.

El Capítulo II comprende los artículos 66 a 71, y regula las *potestades sobre la vivienda protegida*.

Ninguna cuestión suscitan los derechos de adquisición preferente en relación con la vivienda protegida regulados en los artículos 66 y 67, derechos que han sido objeto de análisis por la STC 154/2015, de 9 de julio, en la que se afirma que

“En este caso, el sometimiento del titular de viviendas protegidas a derechos de adquisición preferente responde claramente a una finalidad de interés general: el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas. La limitación coadyuva a este objetivo porque sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobrepuestos en «negro») y a la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública. La limitación señalada se ampara de este modo en razones que, por lo demás, son particularmente poderosas al entroncar con un pilar constitucional: el compromiso de los poderes públicos por la promoción de las condiciones que aseguren la efectividad de la integración en la vida social (art. 9.2 CE), en general, y el acceso a una vivienda digna (art. 47 CE), en particular. Conecta igualmente con el mandato constitucional de protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE).

La restricción indicada tiene un limitado alcance. El sometimiento al ejercicio del derecho de tanteo y retracto no afecta a la facultad en sí de transmitir; incide sólo sobre la de elegir adquirente. A su vez, tal limitación afecta sólo a las transmisiones inter vivos, no a las mortis causa. Además, las transmisiones inter vivos a las que se refiere son las segundas y sucesivas y únicamente durante el periodo de vigencia del régimen legal de protección. Por otra parte, estos derechos de adquisición preferente, cuando se ejercen para evitar conductas fraudulentas, funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones por lo que el titular incumplidor está obligado a soportar los perjuicios consecuentes; perjuicios que en modo alguno pueden reputarse sacrificios a los efectos de la indemnización prevista en el art. 33.3 CE. En tal caso, la limitación funciona como instrumental de otras que ya estaban previstas y, en particular, de la consubstancial a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo: la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración.

En todo caso, el ejercicio de estos derechos, aunque responda a fines distintos, no asociados a comportamientos antijurídicos de los beneficiarios de viviendas protegidas, no produce en abstracto perjuicios de relevancia desde la perspectiva del control constitucional de las exigencias derivadas del art. 33 CE: es habitual que al vendedor le sea indiferente quien sea el comprador. En consecuencia, únicamente podría resultar perjudicado el propietario que tenga interés en que el adquirente sea una persona determinada y sólo si la Administración opta por ejercer efectivamente sus derechos de tanteo y retracto. Ahora bien, incluso en este caso, al menos desde la perspectiva de control abstracto que aquí corresponde, ese perjuicio carece de significación porque no puede reputarse sorpresivo ni inesperado en el marco de un sector del ordenamiento necesariamente expuesto a una fuerte intervención pública y a cambios normativos; ese sector es el que permitió en su momento al transmisor acceder a una vivienda en condiciones privilegiadas (mejores de las que ofrece el mercado) a cambio de un régimen de uso y disposición (más restringido que el ordinario del Derecho privado) que ya entonces era especial y estaba fuertemente intervenido.

Consecuentemente, la sujeción del titular de viviendas protegidas al ejercicio de derechos de tanteo y retracto por parte de la Administración de la Junta de Andalucía se ajusta al régimen constitucional del derecho de propiedad (art. 33 CE).sin embargo, y

respecto de la prohibición dirigida a los Notarios y Registradores en el artículo 68, de que no puedan autorizar la formalización en escritura pública ni la inscripción de los títulos de adquisición de viviendas protegidas y sus anexos hasta que no se acredite debidamente que se ha ejercido o renunciado al derecho de tanteo y retracto.

Y, para acabar el estudio de este Título, debemos detenernos también en la redacción del artículo 71, relativo a la expropiación forzosa, y que establece:

Artículo 71 Expropiación forzosa

Es procedente la expropiación de las viviendas protegidas, o de los anexos vinculados, las zonas comunes, los locales y las edificaciones complementarias, tanto si son de promoción pública como si no, de acuerdo con el procedimiento que se establecerá reglamentariamente.

No hay duda alguna de que la Comunidad Autónoma puede ejercer la facultad administrativa de expropiación, siempre que lo haga dentro de su ámbito competencial; no obstante, el texto del precepto debería hacer mención de cuándo será procedente dicha expropiación, siquiera sea con una referencia genérica a la utilidad pública.

i) El Título IX regula el régimen sancionador en materia de vivienda, y se estructura, a su vez en cuatro Capítulos, el primero de los cuales recoge como Disposiciones Generales, el establecimiento de los sujetos responsables (artículo 72); la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora, en el ámbito de sus respectivas competencias, a las Administraciones autonómica, insular y local (artículo 73); la consideración como agente de la autoridad del personal funcionario de las correspondientes administraciones al que corresponda o se encomiende expresamente el ejercicio de las tareas de inspección en materia de vivienda (artículo 74); y el deber de colaboración con la inspección de las administraciones públicas y las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas (artículo 75).

En el artículo 76 se recogen las medidas provisionales que, una vez iniciado el procedimiento sancionador, puede adoptar el órgano competente para resolver, recogiendo como posibles medidas las siguientes:

- a) Suspensión total o parcial de las obras que se hagan con incumplimiento de la normativa vigente
- b) Retirada de materiales o productos utilizados en la obra.
- c) Precinto del local o la obra.
- d) Interrupción de los suministros de energía eléctrica, agua o gas.
- e) Prohibición del alojamiento de personas en caso de falta de seguridad.
- f) Las otras que, por la naturaleza de la infracción, se consideran necesarias, con el informe previo motivado.

En el Capítulo II se tipifican las infracciones administrativas en materia de vivienda, clasificándolas en leves (artículo 78), graves (artículo 79) y muy graves (artículo 80). Entre las infracciones, se califican como leves y/o graves los incumplimientos de las obligaciones de los grandes tenedores de comunicar las viviendas desocupadas de que dispongan o cualquier cambio en la situación de las mismas, mientras que la letra *r* del artículo 80 califica como infracción muy grave la de “Incumplir los grandes tenedores de vivienda que se hayan adjudicado un inmueble con motivo de una ejecución hipotecaria o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria constituida a su favor, la obligación de ofrecer esta vivienda en arrendamiento al antiguo propietario”. A la vista de la observación realizada sobre el artículo 22 de posible inconstitucionalidad, y en coherencia con la misma, debe suprimirse la letra *r*) del artículo 80 del Anteproyecto.

Sobre el reproche de inconstitucionalidad de dicho precepto nos detendremos en la siguiente Consideración Jurídica, al abordar el análisis del artículo 22 del Anteproyecto que establece la obligación de arrendamiento.

El artículo 82 establece la cuantía de las sanciones, y el artículo 83 su gradación, sin que de su examen se desprenda ningún comentario. Sí lo merece el título del artículo 84, que denomina *medidas complementarias* a lo que son verdaderamente sanciones, que pueden establecerse, pero cuya naturaleza sancionadora es indiscutible, por lo que se sugiere que la denominación recoja dicha naturaleza para no inducir a confusión.

Y ya, por último, el Capítulo IV (artículos 86 a 90) regula la ejecución, la prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones.

En cuanto a las Disposiciones Adicionales, la Primera prevé la existencia de *Convenios o Acciones Concertadas* entre la Comunidad Autónoma y otras administraciones, colegios profesionales, entidades bancarias y de crédito y cualesquiera otros, y, en particular, con la Agencia Tributaria, las gerencias territoriales del catastro y el Registro de la Propiedad.

La *Disposición adicional Segunda*, cuyo título es *Agentes implicados en el proceso de transmisión de viviendas* consiste en un mandado a los Notarios, Registradores de la Propiedad, las entidades de crédito, los agentes de la propiedad inmobiliaria y el resto de intervinientes en el proceso de transmisión de las viviendas velarán por la aplicación de las disposiciones de esta Ley.

La *Disposición adicional Tercera* contiene la definición, a los efectos del Anteproyecto, de “*agentes que intervienen en la prestación de servicios inmobiliarios*”. Por razones sistemáticas, se sugiere su inclusión en el artículo 3 del Anteproyecto, dedicado a las definiciones.

La *Disposición adicional Cuarta* declara que “la legislación estatal de viviendas de protección oficial tendrá carácter supletorio con respecto al régimen jurídico especial de vivienda protegida establecido en esta Ley”.

Disposición adicional Quinta, titulada *Desahucio por impago de la renta de alquiler*

establece que la consejería competente en materia de vivienda establecerá los mecanismos y las medidas destinadas a dar respuesta habitacional a las personas que hayan sido desahuciadas de sus viviendas como consecuencia de procedimientos de desahucio por impago de la renta de alquiler, en el supuesto de que este impago sea consecuencia de una alteración significativa de las circunstancias económicas y se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

Y la *Disposición adicional Sexta* declara que a partir de la entrada en vigor de esta Ley, no serán aplicables en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares las normas técnicas de diseño y calidad que tienen que cumplir las viviendas de protección oficial, reguladas por el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda. Debemos sugerir que la declaración de inaplicabilidad vaya seguida de la mención a la norma que desplaza a la estatal dado que en dicho Real decreto se regulan las normas que rigen el diseño y la calidad de las viviendas de protección oficial.

La *Disposición Adicional Séptima* prevé que la obligación de depósito de fianza que regula esta Ley no sea aplicable a los contratos de arrendamiento suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley pero sí a sus revisiones posteriores a la mencionada entrada en vigor.

En cuanto a las Disposiciones Transitorias, la *Primera* establece la obligación de los grandes tenedores de comunicar, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, a la consejería competente en materia de vivienda un inventario de las viviendas protegidas que integran su balance, ubicadas en el territorio de la comunidad autónoma balear con indicación de su ubicación, su precio, la fecha de adquisición y su régimen (compraventa o alquiler); todo ello, en cumplimiento de la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.

Se sugiere que el último inciso de modo que lo que se refleje es que dicha obligación se cumplirá respetando, en todo caso, la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal, dado que la redacción del mismo parece decir que la obligación de comunicación deriva de la Ley de Protección de Datos, induciendo a confusión.

En cuanto a la *Disposición transitoria segunda*, se establece la misma obligación para los grandes tenedores de comunicar la relación de viviendas en situación de desocupación.

Entendemos, como ya hemos dicho en relación a otros preceptos del Proyecto, que las obligaciones impuestas a los grandes tenedores que se amparen en la competencia de promoción de la ocupación de viviendas, salvo las relativas a la cesión obligatoria de uso, son respetuosas con el orden constitucional, como desarrollaremos in extenso en la siguiente Consideración.

El Anteproyecto contiene a una *Disposición derogatoria única*, genérica, que declara derogada todas las disposiciones del mismo rango o de un rango inferior que se

opongan a lo que prevé esta Ley.

En cuanto a las *Disposiciones Finales*, la *Primera* autoriza al Consejo de Gobierno para el desarrollo normativo del Anteproyecto, así como al Consejero competente en materia de vivienda para que dicte las órdenes de desarrollo que se prevén en el texto. Todo ello sin perjuicio, aunque no lo mencione la ley, de las competencias de los consejos insulares sobre las materias reguladas en este Anteproyecto previstas en el Estatuto de Autonomía.

En este sentido, conviene volver a recordar el contenido del artículo 129.4, tercer párrafo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de PACAP. Por tanto, la remisión expresa al desarrollo de la ley por orden del consejero debe preverse con carácter excepcional y quedar justificado en la propia ley.

La *Segunda* de las Disposiciones Finales está redactada en términos que no añaden nada al ordenamiento jurídico; esto es, se establece que el Parlamento “puede” instar al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, prepare un proyecto de ley de consumo que, con la revisión de la normativa actual recoja todas las medidas pertinentes para dar una protección específica más alta en materia de adquisición, alquiler y financiación de la vivienda. En el ejercicio de su soberanía, es indudable que el Parlamento puede instar al Consejo de Gobierno —en el momento en que lo crea oportuno— para preparar un proyecto de ley. El sistema de separación de poderes implica que el Parlamento no necesita autorizarse a sí mismo para instar al Ejecutivo, por lo que se sugiere la supresión de Disposición, o su redacción en términos taxativos, esto es, estableciendo que el Parlamento “instará” al Ejecutivo.

Acaba el Anteproyecto con la Disposición Final *Tercera* que establece que la *entrada en vigor* del mismo se producirá a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

Sexta

Legislación comparada de otras Comunidades Autónomas y doctrina del Tribunal Constitucional sobre la configuración del derecho de propiedad y la expropiación del uso de la vivienda

La necesidad sentida por el legislador, tanto estatal como de las Comunidades Autónomas de dar respuesta a las situaciones de vulnerabilidad que los años de crisis económica han puesto de manifiesto, especialmente en materia de vivienda —aunque no sólo en dicha materia, también en otras, como la energía— se ha traducido en la promulgación de normas como las que a continuación mencionaremos, y que contienen medidas muy similares a las que plantea el Anteproyecto de Ley sometido a consulta.

La **Generalitat de Catalunya** ha aprobado las siguientes normas con rango de Ley:

— Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el

ámbito de la vivienda y la pobreza energética.

— Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial.

De las normas citadas, la Ley 24/2015, de 29 de julio fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, en el que ha recaído Auto 160/2016, de 20 de septiembre, manteniendo la suspensión de sus arts. 2.2, 3, 4, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.9, 7, disposición adicional, disposición transitoria segunda apartado primero y apartado segundo en lo que se refiere a la aplicación del art.7 y la disposición final tercera. El Auto cuenta con votos particulares.

La **Comunidad Autónoma de Galicia** aprobó la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia

La **Comunidad Autónoma de Andalucía** aprobó el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, alguno de cuyos preceptos fueron anulados por **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo**, a la que nos referiremos después.

La **Comunidad Autónoma de Murcia** ha aprobado la Ley 4/2016, de 15 de abril, de regulación de los procedimientos de emergencia ciudadana en la Administración de la Región de Murcia Ley 13/2016, de 13 de julio, de modificación de la Ley 4/2016, de 15 de abril, de Regulación de los Procedimientos de Emergencia Ciudadana en la Administración de la Región de Murcia, que ha sido asimismo impugnada por el Estado ante el Tribunal Constitucional.

La **Comunidad Autónoma Valenciana** ha aprobado la Ley 9/2016, de 28 de octubre, de Regulación de los Procedimientos de Emergencia Ciudadana en la Administración de la Comunitat Valenciana.

La **Comunidad Autónoma de Aragón** aprobó el Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda y, posteriormente, la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón. Está recurrida ante el Tribunal Constitucional, y ha recaído Auto del Tribunal Constitucional 18/31 de enero de 2014 sobre la suspensión de sus arts. 9, 12, así como de las disposiciones transitoria segunda y adicional cuarta. El Auto cuenta con dos votos particulares.

La **Comunidad Autónoma de Navarra** ha aprobado la Ley Foral 22/2016, de 21 de diciembre, por la que se adoptan medidas de apoyo a los ciudadanos y ciudadanas en materia de vivienda

La **Comunidad Autónoma de Extremadura** ha aprobado la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social

La **Comunidad Autónoma de Castilla y León** ha aprobado la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, por la que se adoptan medidas para reforzar la cobertura de las necesidades de atención social en el ámbito de la Red de Protección a las Familias de Castilla y León afectadas por la crisis.

Por su parte, el Estado promulgó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformada después por el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Como apuntábamos antes, el Tribunal Constitucional, estimando parcialmente el recurso interpuesto por el Gobierno estatal, anuló, mediante **Sentencia del Pleno 93/2015, de 14 de mayo**, el primer inciso del art. 1.3, que establecía que “forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico”; los apartados 5 y 6 del art. 25 y del art. 53.1.a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción aprobada por el art. 1 del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda; así como la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional segunda de dicho Decreto-ley 6/2013.

El Alto Tribunal declara en el Fallo que “el resto del art. 25 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía, en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, es conforme con la Constitución, siempre que se interprete como instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 13, 14 y 15 de esta resolución.”

El Tribunal Constitucional examinó, de un lado, si la redacción de la norma autonómica andaluza vulneraba el contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 de la Constitución; y, de otro, si había invadido las competencias del Estado, tomando como parámetro, para este segundo extremo, la Ley estatal 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en la redacción dada por el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Sobre el si se había vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad, después de afirmar que “el hecho que el legislador estatal haya aprobado, invocando al efecto sus competencias, medidas legislativas para satisfacer tal necesidad no es razón para impedir que otro legislador haga lo propio dentro de las suyas”, concluye que “*el art.*

1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar “afectación” del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley. Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal, por lo que es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartado 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE, y por tanto entra a regular un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente”. Esto es, anula el precepto porque se incluyó en un Decreto-Ley, siendo así que afecta al núcleo de un elemento esencial del derecho de propiedad.

Y continúa la Sentencia afirmando que “la previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. En cuanto a lo primero, el art. 1.3, en lugar de ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda, se endereza a establecer que el único uso posible de un determinado tipo de bienes debe realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición, dado que se reducirá notablemente el mercado de compradores y cambiarán las condiciones en que éstos estarán dispuestos a adquirir el bien. Respecto a lo segundo, al deber impuesto en el art. 1.3 subyace una cierta definición de la función social de la propiedad de esta clase de bienes, como se desprende de la Exposición de Motivos donde se lee que “siendo [...] finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo [...] su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social”.

Se trata, en conclusión, y a diferencia de las SSTC 111/1983 y 329/2005 , de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien “forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda”, expresión que no alude al concepto homónimo del art. 53.1 CE , pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así

como que “no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10). Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo.

El Abogado del Estado solicita que, por conexión, sean declarados inconstitucionales por este mismo motivo los arts. 25 y 53.1. a) de la ley autonómica 1/2010, en la redacción que le da el art. 1 del Decreto-ley impugnado. Resulta claro que el art. 53.1.a), al tipificar como infracción muy grave el “no dar efectiva habitación a la vivienda” en los casos que prevé, solo adquiere sentido a partir del deber del propietario de la vivienda de destinarla de un modo efectivo a habitación regulado en el art. 1.3, de modo que la vulneración de los límites materiales del decreto-ley que hemos apreciado en relación a éste es igualmente predicable de dicho art. 53.1.a), por lo que también debe ser declarado inconstitucional y nulo”.

Es decir, el Tribunal Constitucional anula el inciso del artículo 1 del Decreto-Ley por dos razones: por establecer claramente el deber del propietario de la vivienda a destinarla a habitación *un tipo de norma* (el Decreto-Ley) que no puede afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, y por definir el “contenido esencial” del derecho de propiedad.

Pero lo que no niega el Tribunal, sino que lo admite con toda paz, es la posibilidad de definir el concepto de “vivienda deshabitada” y anudar al mismo consecuencias orientadas a “asegurar el cumplimiento efectivo del destino de la vivienda al uso legalmente establecido de dar habitación”, siempre que se entienda que el cumplimiento efectivo del uso habitacional de la vivienda no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda y, por tanto, **no estima la inconstitucionalidad del artículo 25 del Decreto-Ley 6/2013 de la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

Por tanto, este Consejo entiende que son conformes a la Constitución y al Estatuto de Autonomía las definiciones contenidas en los artículos 3 y 4 del Anteproyecto, así como las medidas contempladas en los artículos 23 a 27 del mismo y las obligaciones de inscripción en el registro impuestas a los grandes tenedores; en consecuencia, tampoco plantean problemas de inconstitucionalidad la tipificación como infracción de los incumplimientos del deber de colaborar con la Administración registrando las viviendas desocupadas y notificando los cambios en su situación que se recogen en los artículos 78, 79 y 80 del Anteproyecto.

No ocurre lo mismo en cuanto a los artículos 22 y 37 del Anteproyecto, si bien el estudio de cada uno debe contener matices importantes.

Así, el artículo 22 establece, bajo el título *Arrendamientos derivados de procesos hipotecarios*, lo siguiente:

Artículo 22

Arrendamientos derivados de procesos hipotecarios

1. Los grandes tenedores de vivienda que, con motivo de una ejecución hipotecaria o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria constituida a su favor, se hayan adjudicado un inmueble están obligados a ofrecer esta vivienda en arrendamiento al antiguo **propietario con el fin de evitar el lanzamiento de la vivienda**, siempre que el antiguo propietario acredite que se trata de su vivienda habitual y permanente, no disponga de otra alternativa de vivienda y se encuentre en situación de especial vulnerabilidad.

2. Las situaciones de especial vulnerabilidad, los requisitos, las compensaciones y las otras condiciones se establecerán reglamentariamente.

A este respecto, debemos recordar que la ya mencionada **Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 2015** consideró que la imposición de dicho deber a los propietarios de las viviendas desocupadas es anticonstitucional por lo siguiente:

DECIMOCTAVO

Afirmado lo anterior procede analizar si el supuesto de expropiación del uso de la vivienda que regula la disposición adicional segunda impugnada obstaculiza tales medidas estatales de política económica. Las Letradas de la Junta y del Parlamento de Andalucía niegan tal interferencia con apoyo en la STC 37/1987 (FJ 7), en la que el Tribunal, juzgando que la legislación estatal de reforma y desarrollo agrario constituía ordenación básica de la actuación económica (art. 149.1.13 CE), resolvió que “ninguna de estas normas [autonómicas], que en parte introducen modificaciones de índole social y en parte sólo correcciones de mera técnica jurídica a lo ya dispuesto por las citadas leyes estatales, alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma”.

Este no es el caso de la norma autonómica impugnada en este proceso constitucional. La disposición adicional segunda del Decreto-ley andaluz 6/2013 aborda la misma situación de necesidad que la normativa estatal reseñada, pero lo hace mediante una regulación que, lejos de consistir en una mera modificación o corrección de técnica jurídica respecto de la solución arbitrada por ésta, responde a un principio incompatible.

La norma autonómica (disposición adicional segunda), como se dijo que hace la estatal, atiende a la situación de ejecución hipotecaria (a) que “sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona”, (b) que afecte a “personas en especiales circunstancias de emergencia social” y (c) que se caracterice por ciertos “requisitos de carácter económico”, definiéndose en ambas disposiciones, estatal y autonómica, de forma similar las circunstancias de emergencia social (supuestos de especial vulnerabilidad en la ley estatal) y los requisitos económicos que operan como presupuestos. Ahora bien, la respuesta

normativa autonómica no se reduce a adaptar la solución estatal de suspensión del lanzamiento “hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley” (art. 1 Ley estatal 1/2013 , en la redacción que le da el Real Decreto-ley 1/2015), introduciendo simples modificaciones o correcciones en función del título competencial autonómico en materia de vivienda, sino que arbitra un mecanismo por completo incompatible, como es la expropiación del uso de la vivienda objeto del procedimiento de ejecución por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. Este instrumento expropiatorio también difiere radicalmente del fondo social de viviendas que, para facilitar el acceso de personas desalojadas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles, regula la disposición adicional primera de la ley estatal 1/2013.

Esta diferencia en el supuesto de hecho con el enjuiciado en la STC 37/1987 determina que la doctrina allí establecida no puede ser utilizada en este caso para desestimar el motivo de impugnación fundado en el art. 149.1.13^a CE. No puede decirse, a diferencia de lo que se hizo en aquella sentencia, que la norma autonómica recurrida en este caso carezca de eficacia incisiva en la medida estatal de política económica que hemos identificado ut supra porque se limite a introducir en esta última modificaciones o correcciones técnicas, pues, como se ha expuesto con detalle en este fundamento jurídico, la norma autonómica considerada en este proceso no se ciñe a hacer tal cosa sino que contiene una regulación que es en esencia incompatible con la estatal.

El criterio expuesto solo significa que la doctrina constitucional acogida en la STC 37/1987, dado que el supuesto de hecho de aquella sentencia es notablemente distinto del que ahora enjuiciamos, no avala por sí misma la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. No conlleva nada más, por lo que no nos exime de analizar si en este caso la norma autonómica impugnada tiene o no virtualidad para menoscabar la medida de política económica que, según indicamos en el fundamento jurídico anterior, el Estado ha previsto en ejercicio legítimo de su competencia sobre las bases de la planificación económica (art. 149.1.13^a CE).

En esta tarea hemos de partir de que el Estado, con las medidas que disciplina en la Ley 1/2013 conforma un régimen jurídico con el que se propone actuar sobre el sistema de ejecución hipotecaria para dar cobertura a las necesidades sociales de vivienda y, al mismo tiempo, que con ello no se perturbe significativamente el funcionamiento de los mercados hipotecarios. El Estado, de este modo, en aras de compatibilizar la realización de estas dos líneas directrices de su política económica, adopta como expresión de las bases de la planificación económica que le competen una solución normativa determinada en la Ley 1/2013. Con este trasfondo, y sin prejuzgar si es acertado o no sea el equilibrio definido así por el Estado, pues tal apreciación de oportunidad queda fuera de los márgenes de enjuiciamiento de este Tribunal, la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia, acción pública que el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados.

Aparte de lo anterior, también resulta relevante que la concurrencia de figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad —la suspensión del lanzamiento en la norma estatal y la expropiación de uso en la autonómica— hace difícil la aplicación conjunta de ambas disposiciones, principalmente a la hora de decidir si su eficacia es simultánea o sucesiva. Entender lo primero, a pesar que a ello induce la dicción del

precepto al señalar que el plazo máximo de tres años que puede alcanzar la expropiación del uso se cuenta “desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente”, no parece posible porque no se trata de medidas compatibles en el sentido de que puedan operar a un mismo tiempo. Entender lo segundo, aparte de hacer necesario definir qué norma es la prioritaria, anula en la práctica la virtualidad de una de ellas, que queda postergada en su eficacia.

Este Tribunal entiende que la norma autonómica impugnada, por las dos razones que acabamos de exponer, cada una de ellas suficiente por sí misma, constituye un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, procede declarar que el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.13ª CE.

Este razonamiento que nos ha conducido a declarar que la norma autonómica impugnada menoscaba el ejercicio legítimo que el Estado hace de su competencia exclusiva ex art. 149.1.13ª CE no reduce la competencia autonómica exclusiva en materia de vivienda al mero desarrollo de las bases estatales. Nada hay en nuestro razonamiento que avale esta conclusión. En primer lugar, del hecho que las medidas previstas en la norma autonómica no sean simple modificación o corrección de las adoptadas por el Estado solo se extrae que la doctrina de la STC 37/1987 no es aplicable a este caso y que, por tanto, debe acudir a otros criterios para resolver el fondo de la impugnación. En segundo lugar, lo que determina que la regulación autonómica menoscabe la competencia estatal no es que la medida de expropiación de uso contenida en aquélla sea de distinta naturaleza que la suspensión del lanzamiento prevista en la ley estatal, sino que supone una intervención pública adicional que quiebra la respuesta coherente que, en los términos ya indicados, ha diseñado el Estado. En tercer lugar, no puede obviarse que el legislador andaluz puede ejercer su competencia exclusiva en materia de vivienda (art. 56 EAAAnd) de modos distintos al simple desarrollo de las bases estatales, como ocurre, dentro del mismo decreto-ley recurrido, con los instrumentos de fomento previstos en el Capítulo III del Título VI, que es una regulación que, utilizando técnicas distintas a las que utiliza el Estado y que en nada interfieren con el mercado hipotecario, se orienta a satisfacer el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un vivienda digna.

En efecto, el análisis comparativo del Real Decreto-Ley estatal 27/2012, de 15 de noviembre y de la Ley estatal 1/2013, de 14 de mayo, de un lado, con el Decreto-Ley impugnado de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, permite constatar:

a) El Estado optó por dar una solución completa a los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias y arbitró la medida de suspensión por dos años de los lanzamientos, con invocación de los títulos competenciales de los números 6.ª, 8.ª, 11.ª, 13.ª y 14.ª del artículo 149.1 CE. La medida inicial de dos años de suspensión se amplió de “facto” al aprobarse la Ley 1/2013, de 14 de mayo, puesto que mantuvo la misma medida de suspensión de dos años del RDL 27/2012, pero desde su entrada en vigor, por lo que la medida pasó a finalizar el día 15 de mayo de 2015. Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto-ley 1/2015, la medida de suspensión estará vigente “hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley”. Y en la actualidad el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, que prorroga dicho plazo en tres años más hasta el 15 de mayo de 2020.

b) El legislador estatal, además, ordenaba al Gobierno la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario (disposición adicional primera Ley 1/2013).

c) La disposición adicional segunda del DL 6/2013 de la Comunidad Autónoma de Andalucía interfiere, al menos el ejercicio la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13), al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material que ya había sido reglado por el Estado y según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la competencia estatal en materia de "ordenación general de la economía" (art. 149.1.13 CE) puede abarcar "tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector" (SSTC 21/1999, de 25 de febrero , FJ 5, y 95/2001, de 5 de abril , FJ 3), y en este sentido es indudable que el legislador estatal introdujo unas medidas y acciones para dar respuesta al problema de los denominados desahucios hipotecarios.

Sin embargo, y dado que, como decíamos en la Consideración Jurídica Cuarta, el examen jurídico del Anteproyecto que haga este Consejo debe intentar ofrecer al legislador —dueño último de la decisión al no estar vinculado a lo que aquí se diga— cuantos matices sean de importancia para situar las cuestiones controvertidas, no podemos dejar de mencionar que el razonamiento de **la Sentencia que hemos expuesto contó con tres votos particulares**:

1) El formulado por la *Magistrada Dña. Adela Asúa Batarrita*, que discrepa de la argumentación y conclusión sentada en los FFJJ 17 y 18 sobre sobre la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, y en el que se afirma que *“el hecho de que una Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias, haya optado por su propia solución normativa frente a un determinado problema es expresión del principio constitucional de autonomía (art. 2 CE). El legítimo ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente no puede quedar subordinado a una pretendida coherencia (eufemismo que apela a “uniformidad”) de la acción pública en todo el territorio del Estado. En cualquier caso, la Sentencia no explica tampoco por qué la norma andaluza “rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia”*; y, tras explicar que, dado que la norma estatal de contraste es el Real Decreto-Ley estatal 27/2012, de 15 de noviembre, cuyas medidas dejarán de ser aplicables el 16 de mayo de 2017, y que la medida prevista en la norma andaluza se limita a declarar el interés social a efectos expropiatorios de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, a fin de proceder a la expropiación forzosa del uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años, plazo este que se contará desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente, *“no parece haber problema aplicativo alguno —cuya resolución compete en todo caso a los órganos judiciales y no a este Tribunal—, sino sucesión de normas en el tiempo. La regulación de la norma andaluza solo podría ser*

aplicable cuando finalizara el periodo de suspensión de los procedimientos de ejecución establecido por el Estado, pues solo a partir de entonces podría producirse el supuesto de hecho previsto por la norma andaluza: el lanzamiento acordado por un órgano judicial, que opera además como dies a quo del plazo de expropiación de tres años.

En consecuencia, a falta de una justificación suficiente de la supuesta interferencia, debería haberse aplicado la doctrina de la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 7, y, por consiguiente, haber rechazado la existencia de la vulneración denunciada. En la STC 37/1987, tras establecer que la legislación estatal de reforma y desarrollo agrario constituía ordenación básica de la actuación económica (art. 149.1.13 CE), resolvió que “ninguna de estas normas [autonómicas], que en parte introducen modificaciones de índole social y en parte sólo correcciones de mera técnica jurídica a lo ya dispuesto por las citadas leyes estatales, alcanza a desplegar una eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma”.

La disposición adicional segunda declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto de un procedimiento de esa naturaleza, por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. Esta previsión se aplica a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales también sea una entidad financiera o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos quien resulte adjudicatario del remate.

Para declarar la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda, la Sentencia de la que discrepo construye un canon sui generis que no tiene precedente alguno en nuestra doctrina constitucional. El eje de la argumentación que ofrece la Sentencia se basa en la contraposición de las políticas públicas adoptadas por el Estado y las adoptadas por Andalucía ante el mismo problema social derivado del desahucio de viviendas, y la consideración de que la norma autonómica “interfiere” en las medidas estatales de política económica. En concreto se afirma que tal norma “interfiere, al menos el ejercicio de la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13), al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material que ya había sido regulado por el Estado” y que “el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal ex art. 149.1.13ª CE”, y continúa recordando que “el control de constitucionalidad de normas en el ámbito de las competencias compartidas o de las competencias exclusivas autonómicas sobre las que pueden incidir las competencias transversales estatales (como el art. 149.1.13 CE) no tiene como cometido enjuiciar la mayor o menor compatibilidad o coherencia entre políticas, medidas u objetivos estatales y autonómicos, sino solo la posible contradicción normativa; es decir, el control de constitucionalidad de una norma autonómica no se dirige a detectar eventuales interferencias con normas estatales en el plano aplicativo. En el presente

caso la Sentencia no afirma en ningún momento que la norma autonómica contradiga una norma estatal dictada ex art. 149.1.13 CE en el sentido de contradicción insalvable incluso mediante la interpretación conforme, sino que se limita a decir que interfiere con una medida o con un objetivo de política económica del Gobierno;

2) El voto particular parcialmente discrepante formulado por la *Magistrada Dña. Encarnación Roca Trías*, al que se adhiere el magistrado D. Fernando Valdés, y que considera que sólo es inconstitucional la disposición adicional segunda del Decreto-Ley andaluz en tanto que regula la expropiación del derecho de uso en favor del deudor hipotecario ejecutado después del remate en el procedimiento de ejecución hipotecaria, y que con ello, la Comunidad Autónoma ha vulnerado la competencia exclusiva del Estado en materia procesal, contenida en el art. 149.1.6 CE, pero que:

“[...] no obstante lo hasta aquí expuesto, el apartado quince de la disposición adicional segunda del Decreto Ley andaluz 6/2013 contempla, también, la expropiación del derecho de uso de la vivienda cuando afecta a los procesos de ejecución hipotecaria iniciados antes de su entrada en vigor, pero ya finalizados con el lanzamiento del deudor ejecutado tras su vigencia, siempre y cuando las viviendas continúen desocupadas y no hayan sido enajenados a terceros pues, de haber ocurrido esto último, ya no sería la entidad financiera o su filial hipotecaria que ha resultado adjudicataria en el remate y que se define por la norma como sujeto expropiado, sino ante un tercero, excluido del supuesto contemplado como causa expropiatoria del uso.

En este caso, se trata de la regulación de una causa expropiandi establecida por la Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia en materia de vivienda. Esta regulación no es, sin duda, materialmente procesal pues el proceso ha finalizado con la ejecución de la resolución judicial firme. La ley autonómica regula una causa expropiatoria que entiende necesaria para el ejercicio de su competencia en materia de vivienda. Dicha causa afecta a un número determinado y limitado de viviendas, las que son objeto de procesos de ejecución ya iniciados, en que la adjudicación i) se realizó a la entidad financiera o su filial inmobiliaria que sigue siendo titular de la misma; ii) se llevó a efecto el lanzamiento tras la entrada en vigor de la disposición autonómica; iii) la vivienda está desocupada, y iv) el ejecutado reúne las condiciones establecidas en la disposición autonómica impugnada. Una medida de alcance muy limitado y perfectamente cuantificable, ya que no resulta de aplicación a los procesos de ejecución hipotecaria que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor, que permite descartar, ab initio, el desfavorable y extendido impacto, argumentado por el Abogado del Estado, pero nunca acreditado, sobre los activos inmobiliarios de la SAREB en Andalucía y sobre las medidas de reestructuración bancaria aprobadas por el Estado en el ejercicio de su competencia ex art. 149.1.13 CE .

Es por ello que, en mi opinión, la inconstitucionalidad debía haberse limitado a los supuestos en los que se impide la ejecución del auto firme dictado por el Juez, pero no así a aquellos procesos iniciados antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley autonómico, pero finalizados con el desalojo cuando se realiza la expropiación del derecho de uso.

7. *Mi discrepancia no se limita, únicamente, al encuadramiento competencial realizado por la sentencia de la que discrepo y que, como acabo de exponer, debería haber arrojado un resultado bien distinto. Se extiende a la argumentación seguida para determinar si ha existido o no la extralimitación competencial*

denunciada, es decir, la forma en que se ha aplicado el título competencial del art. 149.1.13 CE .

No cabe afirmar, en mi opinión, que la sentencia haya errado al determinar el canon aplicable, reiterado en el fundamento jurídico 17, que recuerda que el Estado no puede incluir, con base en este título, una acción económica si no posee incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y a reserva de que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal, no agote el título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma. Creo que la sentencia de la mayoría, lisa y llanamente, ha ignorado este canon al aplicarlo a la disposición adicional segunda del Decreto-Ley autonómico construyendo uno nuevo y a medida. Exactamente lo mismo que ocurrió en las SSTC 34/2013 de 14 de febrero , y 74/2014, de 8 de mayo , que tras identificar el canon que la doctrina constitucional había establecido para el art. 149.1.13 CE, y pretendiendo no modificarlo, llegaron, precisamente, a resultados que su correcta aplicación habría impedido. Así, desde la STC 34/2013, de 14 de febrero, las bases de la planificación económica no son ya meros criterios o directrices de ordenación general con especial incidencia en la economía en general o en un sector económico concreto, sino que permiten regulaciones de materias concretas, dentro de cada sector, cuando éste y no la medida, tenga incidencia sobre la economía general, regulaciones tan pormenorizadas como sea necesario para cumplir el objetivo económico identificado por el Estado, vaciando con ello las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre el sector. Así lo pusieron de manifiesto los votos particulares formulados a las Sentencias anteriormente citadas, a cuya argumentación ahora me remito.

Pero esta sentencia da un paso más. No se trata ya de que las normas autonómicas deban respetar, en el ejercicio de sus competencias exclusivas de regulación de sectores concretos, las normas estatales dictadas en ejercicio de este título competencial, lo que impediría su contradicción o menoscabo, sino de que, una vez ejercida la competencia del art. 149.1.13 CE, las Comunidades Autónomas no podrían ejercer las suyas sobre el concreto sector económico afectado, aún cuando no exista contradicción o menoscabo de la competencia estatal” y concluye que “el círculo se completa en el FJ 18, cuando la sentencia analiza si la disposición adicional segunda obstaculiza las medidas adoptadas por el Estado. Señala que esta disposición no introduce meras modificaciones o correcciones de técnica jurídica a las disposiciones adoptadas por el Estado, sino que responde a principios diversos, arbitrando un mecanismo distinto, razón por la cual no es aplicable lo afirmado en la STC 37/1987 en que la ley autonómica impugnada introducía modificaciones o correcciones que no incidían en la medida estatal. Afirma, enlazando con lo anteriormente dicho, que el nuevo mecanismo orientado a satisfacer la misma situación de necesidad rompe el carácter uniforme de la acción pública que el Estado ha articulado como medio para no perturbar el mercado hipotecario y proteger a los deudores. Por ello, aunque no es posible conocer a ciencia cierta si la medida expropiatoria impide las previstas por el Estado, ya que la sentencia de la que discrepo se limita a afirmar que “la concurrencia de figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad hace difícil la aplicación conjunta de ambas medidas” de manera que las del Estado no podrían verse impedidas por las autonómicas , y mucho menos aún, cuál es la incidencia que éstas pueden tener en el funcionamiento general del mercado hipotecario o en la reestructuración bancaria, la sentencia concluye que en cuanto supone una intervención pública adicional a la diseñada por el Estado, “interfiere, al menos el ejercicio la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13) al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material ya regulado por el Estado.

Como señalé al principio de este voto, las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma están limitadas por el ejercicio por el Estado de las suyas. Cuando se trata de una competencia transversal, como es la del art. 149.1.13 CE, el ejercicio de la competencia autonómica no puede contradecir ni menoscabar la competencia del Estado, para lo cual hay que determinar si ha existido una contradicción, lo que descartó la STC 37/1987 en el caso entonces planteado, o si se ha producido un menoscabo de las normas estatales dictadas en ejercicio de la competencia que le asiste, como es el supuesto que nos ocupa ahora. Sólo en estos casos la regulación autonómica dictada en ejercicio de sus competencias exclusivas sobre el sector regulado sería inconstitucional. Pero en modo alguno la competencia que asiste al Estado ex art. 149.1.13 CE puede servir, (desde luego nunca lo había hecho hasta la sentencia de la que discrepo), para atribuir al Estado una competencia exclusiva para regular de “modo uniforme”, dicho sea con las palabras que utiliza la sentencia de la mayoría, la materia sobre la que incide la medida de ordenación económica, de manera que quede excluida cualquier posibilidad de regulación por parte de la Comunidad Autónoma, aunque no se oponga a la normativa del Estado ni la menoscabe. Creo que el Título VIII de la Constitución no contiene una cláusula de cierre, según la cual, en época de crisis económica, el objetivo de paliar sus efectos justifique la modificación del alcance de los títulos competenciales estatales, en detrimento de los asumidos estatutariamente”;

3) El formulado por el *Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos*, que considera que la sentencia hubiera debido ser desestimatoria al no haberse producido extralimitación competencial alguna y que afirma que:

“nuevamente, como ya sucedió en la STC 74/2014, de 8 de mayo , se está, a mi juicio, ante un supuesto en que, en un contexto justificativo fundado en la aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.13.ª CE , se está en realidad mutando su contenido en el sentido no expreso, pero perceptible en las últimas resoluciones de este Tribunal, si se apela al llamado contexto de descubrimiento, y sobre el que ya he advertido en otros votos particulares (así, STC 170/2014), de avanzar en un proceso de recentralización que amenaza con tener severas consecuencias en nuestro sistema constitucional, en este caso, además, a costa de la efectividad de medidas tendentes a paliar situaciones de exclusión social.

El art. 149.1.13.ª CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. La STC 34/2013, de 14 de febrero en una primera inflexión recentralizadora, que ya fue puesta de manifiesto en el voto particular de que fue objeto, estableció una comprensión del concepto de “bases” que superaba, a mi juicio, el sentido natural en el lenguaje de esta expresión, deducido de su uso literal, semántico y pragmático, posibilitando que el Estado estableciera no solo criterios de ordenación general de un sector de la economía de exclusiva competencia autonómica, sino pormenorizadas regulaciones de aspectos materiales concretos que agotaran la consecución del objetivo perseguido por el Estado, en cuyo marco debería desenvolverse, ya de manera imposible, la hipotética normativa sectorial autonómica.

Con esta nueva sentencia se opera una segunda inflexión conforme a la cual, una vez “ejercitada” la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico de competencia de la comunidad autónoma, la comunidad autónoma queda “expropiada” de esa competencia. Esto es, la aplicación del art. 149.1.13.ª CE por el Estado produce, en opinión de la mayoría, un efecto de bloqueo de la competencia sectorial autonómica exclusiva, el cual, a mi juicio, no era el

pretendido por el constituyente cuando se diseñó el Estado autonómico y se redactó el art. 149.1.13.^a CE utilizando las expresiones “bases” y “coordinación”, a lo que añade que “la normativa estatal actualmente vigente (art. 1 de la Ley 1/2013 , en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015) establece una suspensión de determinados lanzamientos por cuatro años, por lo que la ejecución de la normativa autonómica, tomando como presupuesto la existencia de una resolución de lanzamiento, quedará simplemente aplazada (no necesariamente en todos los casos) hasta que haya transcurrido el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la ley.

En este contexto normativo la regulación autonómica no es susceptible de interferir en la estatal, como se defiende en la opinión mayoritaria. Aquella establece un presupuesto fáctico —existencia de un efectivo lanzamiento— que la normativa estatal puede impedir temporalmente que se produzca al disponer su aplazamiento. La simple inexistencia temporal (eventual) del presupuesto fáctico necesario para que pueda aplicarse la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013 , puede determinar, en el peor de los casos, que la normativa autonómica sobrevenga a la estatal, es decir, que su aplicación dependa de ella, pero no puede implicar contradicción, interferencia ni “eficacia incisiva” alguna sobre la regulación estatal, entendiendo estos términos en un sentido lógico. A pesar de ello, la opinión mayoritaria da entrada a la aplicación de art. 149.1.13.^a CE , junto a otra, por esta razón a la que me opongo.

En conclusión, considero que la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013 no debería haberse declarado inconstitucional ya que, en los términos expuestos, ni ha supuesto una invasión de competencias estatales ni, en su caso, supone ninguna interferencia en la regulación estatal”.

Pues bien, expuesto cuanto antecede, siendo incontestable que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda del Decreto-Ley de 2013 dictado por la Comunidad Autónoma de Andalucía, **no lo es menos que la *ratio decidendi* se situaba en la colisión de dicha norma con lo previsto en el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, previsión que se ha prorrogado como ya hemos comentado, mediante el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo, hasta el año 2020.**

Y debemos advertir que el texto del artículo 22 del Anteproyecto, al **tratar de impedir el lanzamiento obligando al ejecutante a arrendar la vivienda al ejecutado**, puede ser declarado anticonstitucional por las mismas razones.

Por el contrario, el artículo 37 del Anteproyecto no colisiona con dicha norma, dado que **no expropia el uso de la vivienda en casos de desahucio por impago de cuotas hipotecarias o de arrendamientos**, sino que establece la cesión obligatoria de uso cuando la vivienda desocupada en manos de un gran tenedor que lleve en esa situación durante más de dos años sea necesaria, dado que la cesión se anuda a “las necesidades habitacionales y las disponibilidades presupuestarias”.

Dicho artículo 37 regula la *cesión de viviendas desocupadas de grandes tenedores*, disponiendo que:

Artículo 37

Cesión de viviendas desocupadas de grandes tenedores

*1. Los grandes tenedores que dispongan de viviendas en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otra figura que les faculte para determinar los usos y que estén incluidos en el Registro de viviendas **desocupadas cederán su gestión al Instituto Balear de la Vivienda (IBAVI), en función de las necesidades habitacionales y las disponibilidades presupuestarias, por un plazo mínimo de tres años, prorrogable por mutuo acuerdo por las partes.***

2. Se determinarán reglamentariamente los requisitos básicos de esta cesión, las rentas aplicables, el modelo de contrato y las otras condiciones aplicables.

La norma anulada por el Tribunal Constitucional era un Decreto-Ley que, como es sabido, no puede afectar al contenido de los Derechos del Título I como es el de propiedad, reconocido en el artículo 33 de la Constitución, y entendemos que el Anteproyecto de Ley que estamos informando no lo afecta en este artículo, sino que establece lo que el propio Tribunal Constitucional llama medidas de fomento de la ocupación de la vivienda.

Por tanto, la única cuestión que podría debatirse entonces es si para el ejercicio de la facultad expropiatoria es suficiente el título competencial que está invocando el Gobierno, esto es, la competencia exclusiva en materia de vivienda.

Sobre la facultad expropiatoria, en el artículo 37 del Anteproyecto se prevé que la cesión de uso obligatoria de viviendas que lleven desocupadas más de dos años en manos de grandes tenedores lo sea “de acuerdo con las necesidades habitacionales y las disponibilidades presupuestarias”, y lo será para su gestión, determinándose en el Anteproyecto que el propietario percibirá rentas como contraprestación a la cesión; por tanto, entendemos que la cuestión viene resuelta desde la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo, en la que se afirmaba que “en lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular, la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas.”

Y, en concreto, sobre la facultad expropiatoria, se pronuncia del modo que sigue:

“Tampoco resulta aceptable el alegato relativo a la infracción del contenido esencial de la propiedad privada por la expropiación de las facultades de uso y disfrute que la Ley de Reforma Agraria prevé, en los arts. 3, 15, 20 y 28, como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra.

Ciertamente no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, privase en realidad

de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas, en razón de las exigencias de la función social de la propiedad. Si así fuera, la tesis de los recurrentes sería también irreprochablemente correcta, pues es claro que la regulación constitucional de la expropiación no supone una negación del derecho de propiedad privada, sino sólo su sacrificio concreto ante la presencia de intereses públicos o sociales superiores, con respecto del contenido económico del derecho sacrificado, que se transforma en el derecho a obtener una indemnización por el valor del bien o derecho del que el titular ha sido forzosamente privado.

Ahora bien, los recurrentes yerran cuando afirman que a priori toda expropiación de las meras facultades de uso y disfrute implica de hecho una expropiación total del dominio, y no resulta convincente tampoco la argumentación aportada para intentar demostrar que es esta expropiación total o plena, sin adecuada indemnización, la que se contiene en la regulación de la expropiación del uso y disfrute establecida por la Ley andaluza recurrida, regulación que, por añadidura, es sustancialmente igual a la prevista en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, que sirve de modelo y a la que reenvía en aspectos esenciales en el art. 20 de aquélla.

Que la privación de las facultades de uso y disfrute no supone por sí misma una ablación plena de la propiedad, lo demuestra simplemente el hecho de que tales facultades son dominio volente perfectamente separables de la titularidad del propietario y enajenables a un tercero, sin que por ello pierda aquél su señorío sobre el bien. Por lo demás, este tipo de expropiación no plena está reconocido y regulado en nuestra ordenación por la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 1954, aparte de por otras Leyes especiales, sin que la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia dejen de reconocer y calificar como derecho de propiedad la relación que sigue mediando entre el titular y el objeto, una vez que haya sido privado singularmente aquél de las facultades jurídicas de uso y disfrute.

Por otra parte, este Tribunal no puede compartir la afirmación de que la expropiación del uso regulada en la Ley de Reforma Agraria viene a despojar al propietario de la totalidad de su derecho, en el sentido material de pérdida de toda utilidad económica. El tenor literal del art. 20 desmiente esta tesis. En primer lugar, el arrendamiento forzoso o convenio forestal forzoso con el IARA en que, conforme al art. 20.2, c), consiste este tipo de expropiación, tiene un plazo de duración de doce años, transcurrido el cual no se prevé en la Ley, en contra de lo que los recurrentes sostienen, una prórroga indefinida de dicho plazo. Cosa distinta es que eventualmente se pueda producir una nueva expropiación temporal porque el titular reincida en el incumplimiento de la función social de su propiedad. En segundo lugar, el arrendamiento o convenio forzoso genera una contraprestación económica en favor del propietario conforme a unos valores expropiatorios establecidos no en la Ley de Reforma Agraria, sino en la legislación estatal a la que ésta se remite, y que en sí mismos no han sido cuestionados por los recurrentes. En tercer lugar, si bien es cierto que el art. 20.2, c), de la Ley andaluza permite a la Administración Autonómica, en ciertos casos, acordar la expropiación plena del dominio durante el período de vigencia del arrendamiento o convenio forzoso, para ello es necesario no sólo que concurra una nueva y excepcional causa expropiandi, determinada por la existencia de «graves motivos de orden económico y social», sino que además esta nueva intervención expropiatoria habrá de comportar la correspondiente indemnización, por lo que no puede afirmarse que las fincas objeto de

arrendamiento o convenio forzoso estén sometidas a unas expectativas de expropiación total más intensas que las demás. Cabe añadir, por último, que si al finalizar el período de arrendamiento o convenio forzoso la finca no ha experimentado mejora alguna, que es precisamente la finalidad que la Ley persigue, sino que incluso se han producido daños o lesiones que menoscaben su valor económico, el propietario podrá exigir, en su caso, las oportunas responsabilidades patrimoniales conforme a la legislación general, como se subraya en el escrito del Parlamento de Andalucía. No puede sostenerse, por tanto, que el propietario, sancionado por el incumplimiento de la función social legalmente exigible, se vea privado de toda utilidad económica durante el tiempo que dure la expropiación del uso y disfrute de sus tierras”

En resumen, entendemos que el artículo 22 del Anteproyecto puede recibir el reproche de inconstitucionalidad, a la luz de las Sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado que toda medida legislativa autonómica que perturbe el ejercicio de la competencia del art. 149.1.13 plasmado en el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, mientras que el artículo 37 del texto del Anteproyecto no invade esos límites, siempre que se modifique en el sentido que hemos expuesto en la Consideración Jurídica Cuarta al analizar el texto del Anteproyecto.

CONCLUSIONES

1ª. El dictamen tiene carácter preceptivo por lo que se refiere al Título IV del Anteproyecto de ley (referido a la “política de promoción y protección de la vivienda”), siendo facultativo en lo que afecta al resto. La Presidenta de las Illes Balears se encuentra legitimada para solicitarlo, en cualquiera de los dos casos y el Consejo consultivo es competente para emitirlo.

2a. Dado el carácter del texto objeto de consulta y la formulación de las observaciones expuestas en el dictamen, el Consejo Consultivo prescinde, en este caso, de la distinción entre observaciones sustanciales y no sustanciales prevista en el artículo 4.3 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears en relación a las efectuadas.

Palma, 14 de julio de 2017